

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NULLITÉ
DES
SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

le 21 Décembre 1920

PAR

Camille COTTET



LYON

A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR DE L'UNIVERSITÉ

4, RUE GENTIL, 4

—
1920

DE LA NULLITÉ
DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

- MM. JOSSERAND, *, I. ☞, doyen, professeur de Droit civil.
HUVELIN, I. ☞, assesseur du doyen, professeur de Droit romain.
APPLETON (Charles), *, I. ☞, professeur honoraire.

GARRAUD, *, I. ☞, ✕, correspondant de l'Institut, professeur de
Droit criminel.
PIC (Paul), O. *, I. ☞, professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), *, I. ☞, professeur de Droit administratif.
LAMBERT, A. ☞, professeur d'Histoire générale du Droit français.
BOUVIER, I. ☞, professeur de Science financière et de Législation
française des finances.
LAMBIRE, I. ☞, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit
administratif.
LÉVY, *, I. ☞, professeur de Droit civil.
GONNARD, I. ☞, professeur d'Economie politique.
BOUVIER-BANGILLON, I. ☞, professeur de Procédure civile, en
congé.
PICARD, A. ☞, professeur de Droit civil.
ANTONELLI, *, I. ☞, professeur d'Histoire des Doctrines Econo-
miques.
PERROUD, I. ☞, professeur, chargé du cours de Procédure civile.
COHENDY, A. ☞, agrégé, chargé du cours de Droit commercial
BECQ (Joseph), I. ☞, secrétaire.
-

JURY DE LA THÈSE

- MM. JOSSERAND, professeur. *Président.*
PIC, professeur. }
COHENDY, agrégé } *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NULLITÉ
DES
SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

le 21 Décembre 1920

PAR

Camille COTTET



LYON

A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR DE L'UNIVERSITÉ

4, RUE GENTIL, 4

—
1920

DE LA NULLITÉ

DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

INTRODUCTION

Une des caractéristiques les plus saillantes de la vie économique moderne est le développement des sociétés.

C'est d'abord que la société permet de mettre en pratique le vieux proverbe : « L'union fait la force. »

C'est ensuite que, par opposition à l'indivision par exemple, la société est un corps organisé, et, par conséquent, capable de vivre et de produire. Chacun a pu constater les inconvénients de l'indivision, et l'on comprend que notre Code l'ait vue avec peu de faveur. Aussi arrive-t-il souvent que des héritiers établissent entre eux une société pour la gestion d'une propriété qu'ils ont reçue par succession.

Si nous voyons la société faire ainsi son entrée dans le cercle de la famille, nous ne serons pas étonné de la voir intervenir entre époux.

Et de fait, si l'on ouvre les recueils d'arrêts, l'on rencontre un grand nombre de décisions relatives à des sociétés entre époux. C'est en somme l'étude et la discussion de la jurisprudence sur cette question que nous voulons entreprendre.

Mais, auparavant, nous désirons nous rendre compte de

l'utilité de ce phénomène juridique dont nous venons de constater l'existence : la société entre époux.

La première objection qui vient à l'esprit c'est que, sous le régime de communauté, qui est le plus répandu en France, on ne voit guère l'intérêt pour deux époux de faire un contrat de société. Associés, ne le sont-ils pas par leur régime même ? Leur apport le plus souvent est commun ; communs sont aussi les bénéfices qu'ils pourront réaliser.

Il faut reconnaître que l'intérêt n'est pas considérable. Cependant les époux font des contrats de société de cette espèce, soit pour avantager l'un des époux, soit dans un but tout à fait licite : pour offrir au public une plus grande garantie.

L'utilité du contrat de société apparaît plus nettement dans les régimes où les intérêts des époux sont plus séparés. On comprend très bien qu'une femme veuille commanditer son mari avec des biens propres à elle.

Dans le cas de séparation de biens, les époux peuvent, par la société, créer cette communauté d'intérêts que leur régime leur interdit absolument.

Mais il faut bien reconnaître que la société établie uniquement entre époux ne présente que bien rarement un grand caractère d'utilité.

La pratique déclare qu'en somme elle n'a presque aucune demande de sociétés établies uniquement entre époux.

Il en est tout autrement des sociétés constituées entre des époux et un ou plusieurs tiers. La pratique en reçoit de nombreuses demandes qu'elle se voit dans l'obligation de rejeter en raison de la jurisprudence que nous exposerons plus loin.

Il s'agit le plus souvent d'arrangements de famille. Un commerçant par exemple est associé avec son gendre. Après sa mort, la veuve et la fille désireraient continuer la société avec le gendre. Cette combinaison, extrêmement pratique, n'est pas possible, car il y aurait société entre époux.

Nous pouvons envisager un autre cas. Il devient d'un usage assez fréquent de constituer en société civile les immeubles indivis recueillis par plusieurs cohéritiers dans une succession. L'un de ces cohéritiers peut être une femme mariée qui désirerait faire entrer son mari dans cette société, soit pour apporter des capitaux, soit qu'il soit lui-même cohéritier, soit qu'il désire apporter en société des immeubles voisins qui lui sont propres. Voici autant de combinaisons parfaitement légitimes que la jurisprudence, comme nous le verrons, rend impossibles. Et ce ne sont point des cas chimériques ; il s'agit d'exemples que nous ont indiqués des praticiens.

Cette question, qui est donc souvent posée en pratique, doit une grande part de son importance — nous n'osons dire de sa célébrité — au silence de la loi. Le Code a parlé pour certains contrats ; il a dit formellement s'ils étaient ou non permis entre époux. Il n'a rien dit pour la société.

Et c'est pourquoi, malgré la fermeté et l'ancienneté de la jurisprudence, la discussion n'est pas close.

Notre but est donc de nous demander dans une première partie si les sociétés entre époux sont nulles. Puis, dans une deuxième partie, nous plaçant dans l'hypothèse de la nullité, nous étudierons quels en sont les caractères et les conséquences.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PREMIÈRE PARTIE

LES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX
SONT-ELLES NULLES ?

CHAPITRE PREMIER

SYSTÈME DE LA JURISPRUDENCE

Une jurisprudence déjà ancienne¹ et unanime² déclare nulle toute société entre époux. Nous étudierons plus loin l'étendue de cette thèse de la jurisprudence, nous verrons quelles sociétés y sont soumises. Notre but, pour l'instant, est d'examiner les motifs invoqués pour affirmer l'existence d'une nullité qui n'est inscrite nulle part dans les textes de loi.

Le système de la jurisprudence tel que nous allons l'exposer ne vise que les sociétés de personnes. Nous examinerons plus loin s'il doit être étendu aux sociétés de capitaux :

L'argument fondamental de la jurisprudence, non peut-

¹ C'est vers 1850 qu'ont eu lieu les premiers procès importants relatifs à la validité des sociétés entre époux. Le Tribunal d'Abbeville avait annulé une société entre époux en invoquant les motifs qui sont restés ceux de la jurisprudence. La Cour d'Amiens avait réformé ce jugement par un arrêt du 3 avril 1851. Saisie de la question, la Cour de Cassation cassa l'arrêt d'Amiens le 9 août 1851 (D., 52, I, 160; S., 52, I, 281).

² Cass. crim., 9 août 1851, précité. — Tr. com. Seine, 30 mars 1855, *J. Tr. com.*, 1855, p. 389. — Paris, 14 avril 1856, D., 56, II, 231; S., 56, II, 369. — Paris, 9 mars 1859, D., 60, II, 12; S., 59, II, 502. — Cass. req., 7 février 1860, D., 60, I, 115; S., 60, I, 414 (pourvoi de l'arrêt du 9 mars 1859). — Metz, 22 août 1861, S., 62, II, 330. — Tr. com. Seine, 8 novembre 1862, *J. Tr. com.*, 1863, p. 389. — Tr. com. Seine, 31 juillet 1868, sous Paris, 9 mars 1869, *J. Tr. com.*, 1870, p. 56. — Tr. com. Seine, 12 novembre 1869, *J. Tr. com.*, 1870, p. 194. — Paris, 24 mars

être celui qui a le plus de valeur, mais celui qu'elle semble préférer, et qui, dans certains cas, est le seul qu'elle puisse invoquer, est le principe de la puissance maritale, tel qu'il est formulé par l'article 1388 du Code civil.

En vertu de cet article, les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme ou qui appartiennent au mari comme chef.

La première prohibition est générale et s'applique à tous les régimes matrimoniaux ; la deuxième vise le régime de communauté ; il s'agit, en effet, des droits du mari comme chef de la communauté. L'article 1421 complète sur ce point, en le répétant, l'article 1388.

Pour la jurisprudence, le Code place la femme dans un état de subordination à l'égard de son mari. Or, il est de l'essence de la société que les associés sont sur un pied d'égalité.

1870, D., 72, II, 43; S., 71, II, 71. — Nîmes, 18 décembre 1886, sous Cass. req., 12 juillet 1887, S., 87, I, 384. — Cass. req., 6 février 1888, D., 88, I, 401; S., 90, I, 49 (note de M. Labbé). — Cass. civ., 7 mars 1888, D., 88, I, 349; S., 88, I, 305 (note Lacointa). — Cass. req., 8 décembre 1891, D., 92, I, 117; S., 92, I, 293. — Cass. req., 27 juin 1893, D., 93, I, 488; S., 94, I, 25. — Paris, 10 décembre 1896, D., 97, II, 125, *J. Soc.*, 1897, p. 383. — Agen, 22 mars 1899, D., 99, II, 474, et sur pourvoi du même, Cass. req., 21 octobre 1901, — Paris, 2 août 1899, *J. Tr. com.*, 1900, p. 401. — Nîmes, 24 avril 1900, D., 1901, II, 4; S., 1902, II, 302; *J. Soc.*, 1901, p. 496, et sur pourvoi Cass. req., 23 avril 1902. — Nancy, 9 février 1901, D., 1902, II, 140; *J. Soc.*, 1901, p. 403. — Cass. req., 21 octobre 1901, S., 1901, I, 520. — Cass. req., 23 avril 1902, D., 1902, I, 309; S., 1904, I, 506. — Cass. civ., 5 mai 1902, D., 1903, I, 207; S., 1905, I, 41 (note Hémard); *Pandectes françaises*, 1905, I, 155 (note Cosmao Dumanoir). — Cass. req., 11 avril 1906, D., 1908, I, 284; S., 1911, I, 508. — Paris, 18 février 1908, *J. Tr. com.*, 1909, p. 305. — Cass. req., 19 mai 1908, D., 1908, I, 359; S., 1911, I, 508. — Arrêts récents : Cass. 23 janvier 1912, D., 1912, I, 481 (note de M. Bouvier-Bangillon; S., 1912, I, 148. — Cass., 24 février 1913, D., 1913, I, 141 (note Malepeyre); S., 1916, I, 81 (note de M. Wahl). — Cass. civ., 3 juillet 1917, D., 1917, I, 127.

N'y a-t-il pas, de fait, incompatibilité entre l'état d'associé et celui d'époux?

Dans le cas du régime de communauté, l'égalité des époux aurait un inconvénient plus grave, puisque la loi ne leur permet pas de déroger aux droits du mari comme chef de la communauté. Le régime de communauté donne, en effet, au mari, les pouvoirs d'administration les plus larges sur les biens communs, et des pouvoirs déjà étendus sur les biens propres de la femme. Il est certain que la société viendrait singulièrement réduire l'omnipotence du mari.

Le second principe invoqué par la jurisprudence en faveur de la nullité est celui de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 C. C.). Que les époux soient mariés sous le régime de la communauté légale, ou qu'ils le soient sous un régime quelconque, ils ne peuvent changer en aucune manière leur régime au cours du mariage.

Or, dit la jurisprudence, c'est nécessairement modifier le régime des époux que de constituer une société entre eux, ou alors il n'y a pas de raison de la constituer.

Si la société intervient entre époux communs en biens, son but sera ordinairement de modifier la répartition des bénéfices telle que le contrat de mariage l'a instituée. Elle modifiera aussi parfois les règles concernant l'administration des biens. Enfin, elle modifie la situation de la femme vis-à-vis des créanciers du mari. C'est ce qu'exprime une des premières décisions rendues sur la matière, dont voici l'un des attendus¹ : « Attendu qu'une association avec son mari ne peut être que préjudiciable à la femme, puisqu'elle ne peut en retirer aucun avantage supérieur à ceux que lui assure le régime de la communauté ; que dans la communauté elle peut partager les

¹ Tr. corr. d'Abbeville, sous Amiens, 3 avril 1851, D., 51, II, 221 ; S., 51, II, 312.

gains sans être obligée aux pertes ; que dans la société elle est solidairement responsable avec son mari envers les tiers pour toutes les obligations sociales, sans pouvoir s'affranchir par la renonciation à la communauté. »

Quand la société intervient entre époux séparés de biens, elle crée cette communauté de biens qui avait été évitée par le contrat de mariage ou détruite par le jugement de séparation. Au cas de séparation contractuelle, la principale conséquence est que la femme pourrait être poursuivie pour des dettes contractées par le mari. La protection qu'on a voulu réserver par ce régime à la femme se trouverait ainsi compromise. En ce qui concerne la séparation de biens judiciaire, la violation de la loi ne serait pas moins flagrante, bien que la loi permette aux époux de rétablir entre eux la communauté, car elle exige pour ce faire l'accomplissement de formalités bien déterminées (art. 1451 C. C.).

Au cas de régime dotal, il faut raisonner comme pour la séparation de biens en ce qui concerne les biens paraphernaux¹.

La jurisprudence n'invoque pas seulement ces deux grands principes de notre droit. Elle a cru aussi pouvoir appuyer sa thèse sur plusieurs textes de nos Codes.

¹ Il est curieux de remarquer que les auteurs ne sont pas d'accord sur l'importance relative des deux grands arguments de la jurisprudence.

M. Hémar, *Nullités des sociétés et sociétés de fait*, p. 108, déclare que l'argument fondamental est celui de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

M. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 348, remarque que les décisions judiciaires s'appuient de préférence sur le principe de la puissance maritale. Cette opinion, après un examen des principales décisions, nous paraît tout à fait exacte. Et cela se comprend fort bien, car il y a plusieurs hypothèses où l'argument de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est pas soutenable, notamment quand le contrat de société est antérieur ou concomitant au mariage. La puissance maritale est donc le seul principe *omnibus*.

Elle constate que plusieurs contrats sont absolument prohibés ou sévèrement réglementés quand ils interviennent entre époux. L'article 1096 permet les donations entre époux, mais les rend essentiellement révocables; les articles 1094 à 1099, d'ailleurs, limitent le droit des époux de se donner entre eux.

Mais surtout l'on argumente de l'article 1595 qui prohibe la vente entre époux, sauf dans trois cas, qui sont, en réalité, des cas de dation en paiement. On ne peut, dit-on, apporter en société que ce que l'on pourrait vendre. Puis, surtout, on fait remarquer que la vente entre époux est interdite, parce qu'elle permettrait trop facilement de tourner les prohibitions relatives aux donations entre époux. Or, dit-on, la société permet encore plus aisément de tourner ces règles. Comment peut-on croire, dans ces conditions, que le législateur ait voulu permettre la société quand il interdisait la donation¹ ou du moins la soumettait à des règles exceptionnelles?

La jurisprudence ne manque pas non plus d'invoquer l'article 1840 du Code civil d'après lequel une société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes.

¹ M. Bouvier-Bangillon, dans sa note au *Dalloz*, 1912, I, 481, a ingénieusement développé ce raisonnement. Cet auteur reconnaît que les principaux motifs invoqués par la jurisprudence (art. 1388 et art. 1395) ne sont pas entièrement satisfaisants, car il existe des espèces où ces dispositions ne sont pas nettement violées. Il estime qu'il faudrait établir que le législateur a voulu prohiber d'une façon directe les sociétés entre époux. Il croit, pour sa part, pouvoir l'affirmer. Il remarque que, si la règle de notre ancien droit était la nullité des contrats entre époux, du moins comportait-elle de nombreuses exceptions; que, si au contraire notre Code ne les prohibe pas absolument, du moins il reproduit les principales dispositions de notre ancien droit (art. 1395, limitation du droit de donner). M. Bouvier-Bangillon estime donc que le législateur moderne a voulu en principe maintenir les dispositions du droit antérieur relatives aux contrats entre époux et notamment à la société.

Il est enfin un texte du Code de commerce, l'article 5, alinéa 2, que la jurisprudence attire à elle pour soutenir sa thèse, et, dès les plus anciens arrêts rendus sur notre matière, nous voyons cet argument entrer en jeu. D'après cet article, la femme « n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari : elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé ». On insiste sur les derniers mots de l'article, et on dit : lorsque la femme est en société avec son mari, elle ne fait point un commerce séparé, et, d'après l'article 5, elle n'est pas marchande publique ; c'est donc qu'il n'y a pas de société commerciale possible entre mari et femme.

CHAPITRE II

DISCUSSION DU SYSTÈME JURISPRUDENTIEL

Malgré son ancienneté, cette théorie de la jurisprudence n'a pas cessé d'être attaquée. Nous verrons dans le chapitre suivant combien d'auteurs l'ont critiquée. Notre but est pour l'instant de soumettre à un examen attentif chacun des arguments invoqués en faveur de la nullité des sociétés entre époux.

Le principe de la puissance maritale est, en effet, un grand principe de notre droit, mais il s'agit de savoir s'il est violé par l'existence d'une société entre les époux. En ce qui concerne la puissance maritale sur la personne de la femme, on ne voit pas comment la société entre époux peut y porter atteinte. Or, si nous analysons le principe même de la puissance maritale, nous n'y trouvons, semble-t-il, que deux choses :

- 1° Les droits sur la personne ;
- 2° L'autorisation maritale.

Il ne suffit pas, en effet, de dire que la loi a voulu placer la femme dans un état de dépendance à l'égard du mari. Or, si nous examinons les textes de loi, si nous faisons abstraction des droits sur la personne, abstraction des règles particulières à certains régimes, nous trouvons une institution dans laquelle réside pour ainsi dire tout le principe de la puissance maritale : c'est la nécessité pour la femme d'être autorisée de son mari. Or, l'existence d'une société entre époux suppose, au contraire, l'autorisation maritale.

D'ailleurs, pourquoi interpréter la loi avec une telle rigueur quand elle-même tolère chez la femme, particulièrement chez la femme commerçante, une grande indépendance. D'après l'article 4 du Code de commerce, la femme peut être commerçante avec l'autorisation de son mari. Et, dans ce cas, elle peut, seule, s'obliger pour les actes de son négoce et même obliger son mari. Bien plus, elle peut, avec l'autorisation de son mari, entrer en société avec des tiers. N'y a-t-il pas quelque chose d'illogique, et nous dirions même volontiers de choquant, à interdire à une femme d'être l'associée de son mari, quand elle peut être celle de tiers quelconques ?

Dira-t-on que la femme, se trouvant dans la société placée sur le même pied que le mari, pourra contrôler et critiquer sa gestion ? Mais la loi, qui autorise la femme à demander la séparation de biens en cas de péril de sa dot, admet bien, par là même, que la femme peut exercer un certain contrôle sur la gestion du mari.

Quant aux droits du mari, comme chef de la communauté, nous avons vu que les époux ne pouvaient non plus y déroger (1388. et 1421 C. C.). Il faut reconnaître que la société entre époux peut très facilement y déroger. Et nous admettons fort bien qu'on l'annule dans ce cas. Mais il nous semble que, même sous le régime de communauté, la société entre époux peut ne pas être contraire aux droits du mari comme chef, notamment si la femme n'a pas de pouvoir de gestion, encore mieux si elle n'est que commanditaire.

Il ne faut pas oublier, au surplus, que la loi se montre parfois très libérale en ces matières. Et la jurisprudence elle-même se montre très favorable à cette largeur de vues. C'est ainsi que le mandat est possible entre époux : le mari peut même confier à sa femme le mandat d'administrer la communauté¹.

¹ Orléans, 8 juin 1894, D., 96, II, 334.

Le législateur moderne apporte, d'ailleurs, en cette matière, des tendances de plus en plus libérales. C'est ainsi que la loi du 13 juillet 1907 donne à la femme des pouvoirs d'administration étendus sur les biens provenant du produit de son travail. Et même, dans son article 7, elle donne le droit à chacun des époux de faire saisir-arrêter une partie des salaires de l'autre conjoint pour subvenir aux besoins du ménage.

L'immutabilité des conventions matrimoniales serait-elle un obstacle plus sérieux à l'existence de la société entre époux ? Que veut dire au juste cette formule ? Elle défend aux époux de changer le régime qu'ils ont adopté, mais leur défend-elle tous les actes quels qu'ils soient qui changent le patrimoine d'un époux au profit de l'autre ou qui donnent à l'un d'eux une part plus ou moins grande dans l'administration des biens ? Non, car alors il faudrait prohiber la donation qui produit le premier résultat et le mandat qui produit le deuxième.

D'ailleurs, dans un très grand nombre de cas, la société entre époux ne fait subir aucun changement au régime matrimonial. Imaginons deux époux communs en biens. Ils forment une société avec un tiers. Leur mise de fonds a été commune ou par moitié sur des biens propres. Leur part de bénéfices individuelle tombera en communauté. Ni la communauté, ni aucun des époux ne sera lésé.

Il faut reconnaître, d'autre part, que certaines sociétés entre époux sont établies dans le but unique de modifier le contrat de mariage. Nous ne ferons pas de difficultés pour admettre dans ce cas la nullité de la société entre époux.

Quoi qu'il en soit, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne saurait, en aucune manière, expliquer la nullité des contrats de société antérieurs ou concomitants au mariage.

Il n'est pas jusqu'aux textes invoqués par la jurisprudence

qui ne viennent, semble-t-il, renforcer notre point de vue. Car enfin il ne faut pas oublier que le Code n'a pas reproduit la prohibition des contrats entre époux, qui était une règle de notre ancien droit. Il est admis que la liberté des conventions est un des grands principes du droit. Dans ces conditions, les articles prohibant (1595) ou limitant (1094 et suivants) certains contrats entre époux doivent être considérés comme des exceptions.

Au surplus, nous nous trouvons en matière de capacité, et il est de règle que toutes les dispositions édictées en ces matières sont de droit strict.

C'est pourquoi nous ne croyons pas qu'on puisse étendre la prohibition du contrat de vente¹ à celui de société. L'intérêt économique de la vente entre époux est faible, si bien que l'opération ne peut guère servir en fait qu'à déguiser une donation.

Nous avons au contraire exposé l'intérêt économique et pratique de la société entre époux, et nombre de sociétés entre époux, en particulier lorsqu'il y a adjonction de tiers, sont faites en vue de besoins pratiques et en dehors de tout esprit de fraude.

L'article 1840 nous semble de son côté plutôt favorable à la validité des sociétés entre époux. En effet, cet article prohibe les sociétés universelles entre gens qui ne peuvent s'avantager au profit d'autres personnes. Il est certain que cette prohibition vise spécialement les époux. Mais si les auteurs du Code ont rédigé un article spécial pour interdire les sociétés universelles, c'est qu'ils pensaient que les sociétés particulières étaient permises. C'est pourquoi nous admettons la nullité des sociétés

¹ L'extension de la prohibition de la vente à l'échange admise par la jurisprudence nous paraît mieux fondée, car l'assimilation des deux contrats est de règle (1707 C. C.). Cependant, certains auteurs critiquent cette solution (Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 273).

universelles entre époux, quand ceux-ci auront des héritiers à réserve, et plus encore lorsqu'il y aura des enfants d'un premier lit. Car alors les époux sont des personnes qui ne peuvent s'avantager aux dépens d'autres. Mais entre époux qui n'auraient pas d'héritier à réserve, nous admettrions la validité d'une société même universelle¹.

De même les articles 1096 et suivants édictent la nullité des donations entre époux déguisées ou bien faites par un même acte. Mais pour que ces articles puissent s'appliquer à la société entre époux, il faut que celle-ci constitue une donation déguisée. Cela arrive : qu'on annule alors ces sociétés. Mais lorsque chacun des époux ne reçoit dans les bénéfices qu'une part correspondant à la valeur de son apport et de son industrie, il est impossible de faire l'application des articles 1096 et suivants.

Quant à l'interprétation donnée par la jurisprudence aux articles 5, alinéa 2, du Code de commerce, et 220, alinéa 2, du Code civil, il ne se trouve personne pour la défendre. Visiblement le but du législateur a été de lever l'équivoque qui pourrait exister toutes les fois que la femme est la préposée du mari. Elle a voulu que les tiers soient fixés. Mais elle ne s'est pas exprimée en des termes qui permettent de voir là une défense absolue pour la femme de s'associer au mari. En effet, s'il y a un acte de société, l'équivoque n'existe plus, et la

¹ Encore faudrait-il être sûr que la nullité de la société soit la sanction de l'article 1840. C'est, en effet, l'opinion de Zacchariæ, éd. Massé et Vergé, t. IV, § 715, n° 15; de Delvincourt, t. 3, n° 27; de Duvergier, *Sociétés*, n° 119). Mais la plupart des auteurs croient cette interprétation trop rigoureuse, et que, dans ce cas, les avantages résultant de la société sont simplement réductibles. En ce sens, Duranton, t. 17, n° 381; Troplong, n°s 301 et suiv. Voir sur cette question la note au *Dalloz*, 60, II, 13, sous l'arrêt de Paris du 9 mars 1859. Voir également sur la portée de l'article 1840, Avouée, *Des sociétés entre époux*, p. 83 et suiv.

présomption de la loi devient inutile. Les partisans de la validité des sociétés entre époux ajoutent que l'article 5 n'a pas à intervenir en cette matière, puisque la femme ne pourrait être que la préposée de la société et non celle du mari⁴.

⁴ Nous retrouverons l'article 5 à propos des conséquences de la nullité, et nous verrons comment la jurisprudence s'en sert pour éviter la faillite de la femme.

CHAPITRE III

DE QUELQUES OPINIONS DOCTRINALES

D'une façon générale et dès son apparition, cette jurisprudence a soulevé les protestations de la doctrine. Et celle-ci n'a pas encore capitulé. Comme nous le verrons, quelques-uns des auteurs les plus récents, et non des moindres, adressent les plus vives critiques à la solution de la jurisprudence. Cependant le nombre des auteurs partisans de la nullité augmente sensiblement. Cela se conçoit ; le poids d'une jurisprudence aujourd'hui ancienne est toujours à considérer, surtout quand la solution qu'elle apporte a au moins le mérite de la simplicité.

Parmi les plus acharnés partisans de la validité, nous rencontrons M. Planiol. Son traité élémentaire, qui traite de la question au numéro 1937, ne contient pas d'appréciation, mais un article de lui dans la *Revue Critique*¹ attaque très vivement la thèse de la jurisprudence. Il repousse tout d'abord l'argument fondé sur la puissance maritale. Surtout il affirme que le contrat de société établi entre époux ne peut, en aucune manière, déroger aux conventions matrimoniales, car l'actif social n'est ni propre ni commun ; il est la propriété d'une tierce personne : la société².

¹ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1888, p. 275.

² M. Planiol développe ainsi sa pensée : « Il se forme un patrimoine distinct de celui des époux, et qui ne peut être soumis à leur régime

Nous croyons que c'est aller trop loin. Il ne semble pas possible de faire abstraction des personnes qui composent la société, ni des résultats produits par son fonctionnement. Le fait que c'est la société qui s'enrichit n'empêche pas que dans certains cas c'est finalement l'un des époux qui s'enrichira, et cela contrairement à leur régime matrimonial.

La plupart des auteurs se montrent moins absolus. Pour eux, en l'absence de textes formels, on ne peut croire à la nullité des sociétés entre époux. Ils reconnaissent pourtant que dans certains cas ces sociétés peuvent violer des principes du Code. Mais d'abord on n'est pas toujours forcé de recourir à la nullité pour sanctionner les fraudes. Supposons un époux qui se serve de la société pour avantager son deuxième conjoint au détriment des enfants du premier lit. La loi peut parfaitement recevoir satisfaction par la réduction des avantages ainsi accordés au deuxième conjoint sans qu'on ait à prononcer la nullité de la société.

Cependant il est des cas où l'on ne peut nier que la société a nettement pour résultat, quelquefois pour but : soit de donner à la femme l'administration des biens communs ; soit d'accorder à l'un ou l'autre des époux des avantages spéciaux contraires à leurs conventions matrimoniales. Qu'on annule alors la société.

Il faut remarquer, pour être tout à fait exact, que très souvent, quand la société n'existe qu'entre époux, elle est destinée à frauder la loi, et c'est peut-être ce qui justifie le mieux la jurisprudence.

Cependant on est en droit de répondre, en s'appuyant sur un grand nombre d'arrêts, que très souvent aussi il n'y a pas fraude. Et cela est encore plus vrai lorsque les époux sont

matrimonial. Cela exclut jusqu'à la possibilité d'une violation du contrat de mariage ; les biens sociaux lui échappent quand les deux époux s'associent, comme ils lui échapperaient si chacun d'eux se mettait en société avec un tiers. »

associés avec un ou plusieurs tiers. C'est déjà ce que nous avons fait pressentir dans notre Introduction, et nous verrons plus loin quels efforts a faits la jurisprudence pour sauver des sociétés entre époux ainsi formées.

Nous l'avons dit, la doctrine fut prompte à critiquer le système de la jurisprudence et, dès 1856, un article de M. Delsol ¹ étudie en détail cette question alors nouvelle, et se prononce nettement pour la validité avec la plupart des réserves que nous venons de faire.

On ne s'étonnera pas de trouver, parmi les adversaires de la nullité, Laurent ², pour lequel l'absence de texte est un argument fondamental, et qui ne peut admettre l'extension de la prohibition de la vente au contrat de société.

M. Labbé ³ attaque aussi très vigoureusement la jurisprudence.

Mais ce qu'il faut remarquer, c'est que les trois auteurs modernes, qui ont vraisemblablement le plus étudié la question qui nous occupe, se prononcent tous trois en faveur de la validité.

Nous voulons parler des opinions de M. Thaller ⁴, de M. Pic ⁵ et de M. Hémard ⁶.

Ces trois auteurs critiquent la jurisprudence et professent

¹ *Revue pratique de droit français*, 1856, p. 433 et suiv.

² T. XXVI, n° 140, p. 143.

³ Voir sa note au *Sirey*, 90, I, 49; voir également la critique de la jurisprudence dans Pont, *Sociétés civiles et commerciales*, t. I, nos 35 et suiv.; voir dans le même sens Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., t. I, p. 262; Boistel, *Cours de droit commercial*, 2^e éd., n° 102; Huc, t. IX, n° 39; Cosmao Dumanoir, note aux *Pandectes françaises*, 1905, I, 155; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 4^e éd., t. II, n° 78.

⁴ *Traité élémentaire de droit commercial*, nos 346 et suiv.

⁵ *Sociétés*, t. I, nos 409 et suiv.

⁶ *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, p. 93 et suiv.

la doctrine que nous venons d'exposer. Leurs arguments sont ceux que nous avons énoncés dans notre chapitre deuxième.

Il faut cependant signaler une petite divergence de vues entre les deux premiers et le troisième. Nous l'avons dit : d'après le système adopté par ces auteurs, l'on reconnaît qu'une société entre époux peut être nulle lorsqu'elle est en fait contraire soit au principe de la puissance maritale, soit à celui de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Il y a donc là une question d'appréciation qui est, il faut l'avouer, l'inconvénient de ce système. C'est lorsqu'ils essaient de poser le critérium, permettant de dire qu'une société entre époux est ou n'est pas nulle, que ces auteurs diffèrent.

Pour MM. Thaller et Pic, une société entre époux, pour être valable, doit remplir trois conditions. Il faut :

1° Que la société ne comprenne pas une partie trop considérable des biens (question d'appréciation) qui devaient rester séparés d'après le contrat (séparation de biens ou même communauté de biens quand ce sont des biens propres qui forment le fonds social) ;

2° Que la femme n'ait pas un pouvoir de direction ou d'administration incompatible avec les droits du mari comme chef de la communauté conjugale ;

3° Que chaque époux puisse faire cesser à tout instant la société, même si les statuts assignent à sa durée un terme précis.

M. Hémard ne critique pas trop les deux premières conditions, encore qu'il ne voie là, semble-t-il, qu'une indication pour le juge dont le pouvoir d'appréciation resterait souverain. Il repousse au contraire, d'une façon absolue, la troisième condition, et nous sommes entièrement de son avis. L'exiger, en effet, c'est considérer toute société entre époux comme une donation déguisée, puisqu'on voudrait la rendre révocable comme une donation. Mais si la société entre époux

cache une donation, celle-ci est nulle en vertu de l'article 1099 qui déclare nulle toute donation déguisée, et cette nullité entraîne celle de la société elle-même.

Ce point de vue est faux encore, parce qu'il y a des sociétés entre époux qui ne cachent nullement une donation, dans lesquelles les avantages accordés à un époux ont une juste contrepartie dans son travail ou dans le capital qu'il fournit¹. Si donc il y a des sociétés entre époux qui ne cachent pas des donations, pourquoi exiger qu'elles soient révocables *ad nutum* comme des donations?

Nous croyons donc qu'il faut résoudre la question ainsi : ou la société cache une donation et elle est nulle, ou elle n'en cache point et elle est valable sans être soumise à révocation. Nous estimons d'ailleurs avec M. Hémar² que considérer les sociétés entre époux comme valables et les rendre révocables d'autre part, c'est en fait ne pas reconnaître la validité de ces sociétés³.

Un certain nombre d'auteurs professent des opinions intermédiaires entre celle que nous venons d'exposer et celle de la jurisprudence.

Ainsi pour Duranton³, la Société n'est valable qu'entre époux séparés de biens. Alauzet⁴ professe la même opinion.

¹ Voir l'arrêt de Cass. du 8 juillet 1917, D., 1917, I, 127, où la Cour elle-même reconnaît que dans une société entre époux le mari (la femme étant la titulaire du commerce) n'a reçu qu'une part de bénéfices correspondant à ses services.

² A côté de ces opinions doctrinales favorables à la validité, il convient de citer les quelques décisions judiciaires qui se sont prononcées contre la nullité : Cass., 23 novembre 1812, S., chr.; Amiens, 3 avril 1851, D., 51, II, 221; S., 51, II, 312, cassé par Cass., 9 août 1851 précité; Marseille, 19 septembre 1883, *Journ. jurisprudence Marseille*, 1884, p. 9.

³ T. XVII, n° 347.

⁴ *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 1856, t. I, n° 35.

M. Houpin¹ suit à peu près la jurisprudence, mais on peut dire que ses préférences vont aux arrêts dont les solutions sont les plus libérales. Comme nous le verrons dans notre chapitre IV il considère comme valides les sociétés entre des époux communs en biens et un tiers, quand les époux agissent dans un commun intérêt. Nous verrons aussi plus loin qu'il admet la validité d'une société entre les époux et un tiers lorsque l'un des époux y entre par voie de succession.

M. Baudry-Lacantinerie suit également à peu près la jurisprudence².

Enfin, un nombre assez grand d'auteurs approuvent intégralement la jurisprudence, sauf quelques réserves de très peu d'importance³.

Qu'il nous soit permis de remarquer que nous avons toujours été surpris de voir dans les divers ouvrages MM. Aubry et Rau cités comme partisans de la nullité des sociétés entre époux.

Nous ne sommes en effet pas parvenu à trouver chez ces auteurs l'opinion qu'on leur prête, et nous croyons devoir nous expliquer sur ce point étant donné leur grande autorité. Tous les ouvrages, en indiquant l'opinion d'Aubry et de Rau, renvoient à leur paragraphe 503 *bis*, note 14 (t. VII, p. 510, de la 5^e édition), paragraphe qui est ainsi conçu : « L'établis-

¹ *Traité*, t. I, n° 24; *J. Soc.*, 1894, p. 84 et suiv., *J. Soc.*, 1909, p. 97 et suiv.

² Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. I, n°s 96 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *du Contrat de société*, n°s 52 et suiv.

³ Troplong, *Contrat de mariage*, t. I, n° 210; Duvergier, *Contrat de société*, n°s 102 et suiv.; Massé, *Droit commercial*, t. II, n° 1267; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. I, n° 229, et *Société*, n° 35; Bouvier-Bangillon, notes aux *Pandectes françaises*, 1905, II, 158, et au *Dalloz*, 1912, I, 481; Lacointa, note au *Sirey*, 88, I, 305.

sement d'une société d'acquêts entre époux séparés de biens n'aurait pas seulement pour résultat de substituer au régime fixé par le contrat de mariage un régime tout opposé, mais produirait encore, dans la position des époux, un changement notable en faisant passer l'administration des biens de la femme au mari qui deviendrait nécessairement le chef de la communauté. » Il semble que, voir là la condamnation des sociétés entre époux, ce soit bien étendre la pensée des auteurs qui ne parlent que de l'adjonction d'une société d'acquêts à un régime de séparation de biens, ce qui est évidemment une modification directe au régime matrimonial. Signalons d'autre part que ces mêmes auteurs ne traitent pas la question à propos du contrat de société. C'est pourquoi nous croyons que l'on doit, pour être exact, dire qu'ils ne se sont pas prononcés.

A côté de l'opinion des auteurs, il convient d'indiquer l'état des législations étrangères.

Citons tout d'abord la jurisprudence belge, qui applique les mêmes textes que nos tribunaux. L'on rencontre des arrêts dans les deux sens, mais la plupart semblent favorables à la nullité ¹.

En Allemagne ² et en Italie ³, les sociétés entre époux sont valables en principe.

¹ En faveur de la nullité, Gand, 23 décembre 1896; *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*, 1897, p. 123; Tr. com., Bruxelles, 20 décembre 1906; *Revue pratique*, 1907, p. 203; Tr. com., Bruxelles, 17 juillet 1909; Pasicrisie, 1910, III, 320.

Dans le sens de la validité, Tr. com., Bruxelles, 14 mars 1853, D. 54, III, 8; trib. com. Bruxelles, 29 juillet 1908, *Revue pratique*, 1909, p. 31.

² Cela tient au système du Code de commerce allemand qui ne sanctionne que rarement par la nullité les vices des sociétés; voir sur ce sujet, Hémard, n° 374.

³ Manara, *Delle società e delle associazioni commerciali*, partie générale, t. I, nos 52 et suiv.

Aux Etats-Unis, la jurisprudence semble fixée dans le sens de la nullité¹.

Quant à notre opinion personnelle, nous croyons déjà l'avoir fait suffisamment pressentir au cours de ces premiers chapitres pour l'exposer ici en quelques mots seulement. Nous pensons avec la majorité des auteurs que la société entre époux en principe est valable. Nous reconnaissons que parfois elle peut être contraire à certaines dispositions du Code qui sont l'article 1840 (interdiction de la société universelle entre personnes ne pouvant s'avantager), l'article 1099 (relatif aux donations déguisées) et les deux grands principes de la puissance maritale (art. 1388) et de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395).

Laissons de côté le cas de l'article 1840 sur lequel nous nous sommes suffisamment expliqué. Nous admettrons la nullité de la société qui déguise une donation conformément à l'article 1099.

Quant aux deux autres principes dont nous venons de parler, nous croyons qu'en fait un grand nombre de sociétés entre époux ne les violent nullement. Si au contraire l'acte de société semble fait nettement soit pour donner une part trop grande d'administration à la femme, soit pour changer le mode de répartition des bénéfices entre les époux d'une façon radicale, nous admettrons la nullité. Il faut bien laisser au juge un pouvoir d'appréciation, car il ne saurait y avoir là de critérium nettement établi.

Mais ce que nous voyons surtout d'avantageux à notre théorie c'est qu'elle permettrait de vivre à des sociétés vrai-

¹ Cour de la cité de Brooklyn, 1885, *Journal de droit international privé*, 1886, p. 737, Cour suprême de la Caroline du Sud, 29 novembre 1887, *Journal de droit international privé*, 1890, p. 37; voir cependant sous cet arrêt un arrêt en sens contraire de la Cour suprême du Mississippi du 20 février 1888.

ment utiles, et que la jurisprudence elle-même semble ne condamner qu'à regret, ou que les praticiens n'osent admettre, comme nous le verrons plus tard, de peur d'une annulation. Nous voulons parler des sociétés entre les époux et un tiers; nous voulons parler également du cas où les époux sont tous deux commanditaires, ou bien l'un commanditaire et l'autre commandité.

A un système net mais draconien nous en préférons un autre un peu incertain peut-être, qui laisse une grande liberté aux juges, mais qui permet à des sociétés intéressantes et utiles d'exister et de fonctionner.

CHAPITRE IV

QUELLES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX SONT NULLES ?

Nous avons dit que la jurisprudence annulait toutes les sociétés entre époux. Il s'agit de voir jusqu'où la conduit ce principe. Mais nous constaterons, dans un autre chapitre, que, tout en étendant sa sévérité à toutes sortes de sociétés, la jurisprudence a usé de procédés divers pour faire échapper certaines sociétés à la nullité.

Les sociétés entre époux sont donc nulles dans tous les cas.

Elles sont nulles, quel que soit le régime matrimonial des époux. Cela se comprend, puisque la jurisprudence s'appuie sur deux principes qui s'appliquent sous tous les régimes¹. Il convient de remarquer, cependant, que ces deux arguments n'ont pas la même valeur sous la communauté et sous le régime de séparation de biens.

¹ 1^o Arrêts importants relatifs à des époux mariés sous le régime de communauté, Cass., 9 août 1851 ; 8 décembre 1891 précités ;

2^o Arrêts importants relatifs à des époux séparés de biens, Cass., 7 mars 1888, Paris, 9 mars 1859 ; 24 mars 1870, Dijon, 27 juillet 1870 ; Tr. com. Seine, 4 mars 1897, précités.

Si le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'applique aussi bien à la séparation qu'à la communauté, il faut reconnaître, au contraire, que l'article 1388 perd singulièrement de son importance au cas de séparation.

Il ne peut être question, en effet, des droits du mari comme chef de la communauté. Il ne reste plus que le principe de la puissance maritale. Aussi y a-t-il quelques auteurs qui, nous l'avons vu au chapitre précédent, admettent la nullité au cas de communauté, mais la repoussent si le régime est la séparation.

La société entre époux est nulle, quel que soit son caractère, société civile, société commerciale, simple association en participation en vue d'une spéculation déterminée¹. En ce qui concerne les sociétés commerciales, nous ne parlons pour l'instant que des sociétés en nom collectif. Nous nous demanderons plus loin ce qu'il faut penser des sociétés en commandite ou anonymes constituées entre époux.

Les arguments de la jurisprudence étant tirés des principes de notre droit civil, il est tout naturel qu'ils s'étendent aussi bien aux sociétés civiles qu'aux sociétés commerciales. Nous avons vu cependant certains auteurs être plus favorables aux sociétés commerciales qu'aux premières. Ils croyaient peut-être parer au plus pressant, estimant les unes plus utiles que les autres. Nous ne croyons pas que ce point de vue soit exact. Nous avons dit que la société civile devient un mode très usité d'administration d'immeubles recueillis dans une succession ; ce procédé permet d'éviter la licitation et d'échapper aux inconvénients de l'indivision. C'est pourquoi la jurisprudence relative aux sociétés civiles nous paraît aussi regrettable que celle relative aux sociétés commerciales.

La jurisprudence annule les sociétés entre époux, que l'acte

¹ Cass., 27 juin 1893, précité.

soit antérieur¹, concomitant² ou postérieur au mariage. L'acte de société postérieur au mariage constitue la règle, et il n'y a pas de commentaire spécial à faire sur ce cas. Quand il est antérieur ou concomitant, comme nous l'avons déjà remarqué plus haut, l'immutabilité des conventions matrimoniales ne permet plus d'expliquer la nullité de la société. Cela n'empêche d'ailleurs pas les tribunaux de viser dans leurs décisions leurs motifs traditionnels, sans plus s'inquiéter de la logique.

Lorsque l'acte de société est antérieur au mariage, il se produit une situation particulière. La société, jusqu'au mariage, était parfaitement régulière. Il s'agit donc moins d'une annulation que d'une dissolution. Aussi les arrêts et les auteurs s'ingénient-ils à trouver une explication à ce cas exceptionnel. M. Hémarde expose qu'on pourrait voir là une application de l'article 1865 *in fine* du Code civil. On pourrait soutenir, en effet, que la société finit par la volonté des parties de ne plus être en société, « volonté qui se manifesterait par la célébration du mariage ». M. Hémarde critique cette interprétation, qui est impossible toutes les fois qu'une durée déterminée a été fixée à la société ; il reproche aussi à la jurisprudence de créer un cas de dissolution qui n'est pas prévu par l'article 1865. Les arrêts semblent plutôt expliquer la dissolution de la société par la survenance d'une incapacité des parties³.

¹ Sur la dissolution d'une société par le fait du mariage des associés, voir Dijon, 27 juillet 1870, D., 1872, II, 43 ; S., 1871, II, 268 ; Tr. com. Seine, 21 février 1880, *J. Soc.*, 1886, p. 246. Voir sur la nullité d'une société constituée par acte séparé, mais avant le mariage et en vue du mariage projeté, Paris, 9 mars 1859, et Nîmes, 18 décembre 1886, précités.

² Cass., 5 mai 1902, précité. Il s'agit d'une société constituée par contrat de mariage.

³ Paris, 9 mars 1859, D., 60, II, 13 ; S., 59, II, 502 ; Dijon, 27 juillet 1870 ; S., 71, II, 248 ; Nîmes, 18 juillet 1886, sous req., 12 juillet 1887 ; S., 87, I, 384.

Pour nous, il ne nous semble pas qu'il y ait lieu de chercher des explications aussi loin. Etant donné le système de la jurisprudence en matière de sociétés entre époux, il nous paraît tout à fait logique qu'elle prononce la dissolution quand il y a mariage entre les associés. Nous verrons en effet plus loin qu'aux yeux de la jurisprudence la nullité est d'ordre public. Si donc la société entre époux est contraire à l'ordre public, comment s'étonner que les tribunaux prononcent la dissolution. Personne ne s'étonnerait si les tribunaux venaient à prononcer la dissolution d'une société dont l'objet deviendrait illicite (par exemple, une loi interviendrait prohibant les opérations qui sont l'objet de la société). De même on ne doit pas s'étonner qu'un acte comme le mariage, qui rend la société contraire à l'ordre public, en amène la dissolution.

Lorsque l'acte de société est postérieur au mariage, la nullité ne peut guère faire de doute puisque c'est par excellence le cas pour lequel a été édifiée la théorie de la jurisprudence. Cependant il y a un cas qui se rapproche de celui-ci, et dans lequel on a soutenu que, même en suivant le système de la jurisprudence, on devait se prononcer pour la validité de la société. Il s'agit du cas où deux époux se trouvent associés, parce que, l'un faisant déjà partie d'une société, l'autre époux vient à y entrer pour avoir recueilli la part d'un autre associé, soit par succession testamentaire, soit *ab intestat*.

C'est M. Houpin¹ qui a soulevé le premier cette question en

¹ Il faut dire, pour être tout à fait exact, que M. Houpin envisage le cas où il y a plusieurs associés, et où, la femme ayant succédé à un associé, la société se trouve ainsi exister entre des époux et un ou plusieurs tiers : c'est le cas le plus fréquent et celui pour lequel on a plus de désir de décider ainsi. Il semble moins affirmatif pour le cas où la femme deviendrait ainsi la seule associée de son mari. Nous ne croyons pas pour nous qu'il y ait de distinction à faire, la jurisprudence annulant les sociétés entre époux, qu'il y ait ou non adjonction de tiers.

doctrine dans un article du *Journal des Sociétés* de 1909, p. 97 à 105. Il n'y avait pas encore eu de jurisprudence sur cette question. Depuis lors est intervenu un arrêt de cassation en cette matière; mais, comme nous l'exposerons dans un instant, sa solution manque malheureusement de netteté et peut sembler donner raison aux partisans d'une des opinions comme à ceux de l'autre.

Nous ne croirions pas devoir nous étendre longuement sur une question qui peut paraître de détail, si elle n'avait une grande importance pratique, et c'est certainement à cause de ce grand intérêt pratique que M. Houpin a cherché à justifier la validité d'une telle société entre époux. Les praticiens nous ont dit, en effet, que, très fréquemment, et sur la demande expresse de leurs clients, ils prévoyaient dans les contrats de sociétés que la femme pourrait devenir l'associée de son mari en recueillant par succession la part d'un associé du mari. L'hypothèse se réalise fréquemment lorsque le mari est associé avec son beau-père. Précédant ainsi la doctrine, comme cela arrive souvent, la pratique, qui est pourtant très prudente en ces matières, croit à la validité d'une telle société entre époux. L'argument qui lui semble décisif pour décider dans ce cas, en sens contraire de ce qui est décidé pour les actes de société antérieurs au mariage, c'est que, dans ce dernier cas, il y a un acte de volonté des époux, tandis que dans le premier il n'y en a point. Et c'est un peu la même pensée que développe M. Houpin en disant : « La continuation de la société constitue (pour l'héritier) non seulement un droit dont il ne peut être dépouillé, mais aussi une charge de l'hérédité à l'exécution de laquelle il ne peut, dès lors qu'il accepte la succession, se soustraire ».

Nous répondrons avec M. Hémar¹ : peu importe que ce

¹ Hémar^d, *loc. cit.*, p. 105.

soit par un acte de volonté spéciale que les époux soient devenus associés, peu importe que la société soit une charge de la succession, les tribunaux estiment que la société entre époux est contraire à l'ordre public, et l'on sait, au surplus, que les charges d'une succession qui sont illégales, illicites ou immorales ne doivent pas être exécutées.

M. Houpin présente un autre argument basé sur l'analogie qui existe entre le cas qui nous occupe et celui où des héritiers mineurs entrent ainsi en société par voie de succession. L'on sait en effet que, bien qu'un mineur ne puisse en principe entrer en société, la jurisprudence l'admet au cas où le mineur y entre par succession ¹.

En ce qui concerne ce deuxième argument, nous pensons aussi, avec M. Hémar, qu'il doit être repoussé dans la théorie de la jurisprudence. En effet, l'impossibilité pour le mineur d'entrer en société est basée sur son incapacité qui est relative, et la nullité qui en résulte est en conséquence susceptible de ratification, tandis que, nous le verrons plus loin, la nullité de la société entre époux est absolue et d'ordre public.

Nous ne pouvons que répéter que sous aucun prétexte on ne peut admettre la validité d'un contrat contraire à l'ordre public.

On comprend que, dans l'état de la discussion, étant donné surtout que de part et d'autre on prétendait être dans la logique de la jurisprudence, on comprend, disons-nous, l'importance d'un arrêt rendu en cette matière. C'est pourquoi nous croyons devoir analyser avec quelque détail l'arrêt du 24 février 1913 ² qui malheureusement n'apporte pas la solution nette et précise que l'on aurait désirée ³.

¹ Cass., 10 mars 1885, D., 85, I, 441; S., 86, I, 410.

² Cass., 24 février 1913, S., 1916, I, 81, note Wahl.

³ Cet arrêt casse le jugement du Tribunal civil d'Arras intervenu en matière d'enregistrement; ce jugement affirmait que, la femme étant devenue l'associée du mari par un événement indépendant de sa

Il s'agissait d'une société en nom collectif constituée entre un sieur Maltaire, son gendre, nommé Gille, et un sieur Revelard. Le sieur Maltaire, décédé, laissait sa fille, la dame Gille, pour seule et unique héritière. Puis, quelques années plus tard, la dame Revelard, qui a recueilli tous les droits sociaux de son mari dans la succession de ce dernier, les cède à Gille. On voit comment se pose la question qui nous occupe. Quand est devenue nulle la société ? Si nous partageons l'avis de M. Houpin, ce ne peut être qu'à partir de la cession de droits sociaux faite par la dame Revelard au sieur Gille. En effet, d'après cette thèse, le fait pour la dame Gille d'entrer par succession dans la société n'invalide pas la société, tandis qu'il faut bien admettre que la cession, qui est un acte volontaire, et qui ne laisse plus que les deux époux en présence, met fin à la société.

Pour nous, au contraire, puisque toute société entre époux, même avec des tiers, est contraire à l'ordre public, la société s'est trouvée dissoute du jour où la dame Gille a recueilli la part sociale de son père.

Or, voici les principaux attendus de l'arrêt de cassation :
« Attendu que l'article 4 des statuts stipule qu'en cas de décès de l'un ou de plusieurs des associés avant l'expiration du terme de la société elle ne sera pas dissoute et continuera entre les associés survivants, la veuve et les héritiers du défunt ; que conformément à cette clause la dame Gille est entrée dans la société en sa qualité d'unique héritière des époux Maltaire, ses père et mère décédés l'un en 1881, et l'autre en 1899, et que la dame Revelard est devenue, suivant acte de partage du 15 juin 1891, attributaire des droits sociaux de son mari décédé en 1890 ; que, par suite, la société, dont la

volonté, la société n'était pas dissoute et était, au contraire, pleinement valable.

durée avait été prorogée au 31 janvier 1905, se composait exclusivement des époux Gille et de la dame Revelard ; mais que celle-ci ayant, par acte notarié du 14 mars 1902, cédé à Gille tous ses droits, la société a été immédiatement et de plein droit dissoute par l'effet de cette cession, puisqu'elle ne subsistait plus qu'entre les seuls époux Gille : »

Il faut reconnaître que cette décision semble à première vue nettement favorable à la thèse d'après laquelle serait valide la société entre époux, dans laquelle l'un des époux entre par voie de succession. Mais il ne faut pas oublier que la jurisprudence n'aime pas trancher les questions nouvelles et qu'elle avait là un cas de nullité beaucoup plus net auquel elle a préféré s'attacher¹.

C'est pourquoi nous persistons à croire que cet arrêt ne tranche pas la question, et que, pour être logique avec elle-même, la jurisprudence devrait prononcer la dissolution d'une telle société, quel que soit l'intérêt pratique qu'elle présente.

La société est nulle, qu'elle soit constituée uniquement entre époux ou qu'elle comprenne des tiers².

¹ Ce qui montre bien que telle a été l'attitude de la Cour de Cassation, c'est cet autre attendu de l'arrêt qui nous occupe : « Attendu, en effet, que toute société existant uniquement entre époux, qu'elle soit postérieure, concomitante ou antérieure au mariage est nulle, comme susceptible d'établir entre eux une égalité de droits incompatible avec l'exercice de la puissance maritale et de modifier leur rapport d'intérêt contrairement à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales ».

On le voit, comme le fait remarquer M. Wahl dans sa note sous cet arrêt au *Sirey*, 1916, I, 81, la Cour de Cassation semble avoir oublié qu'en vertu d'une jurisprudence constante la société entre époux est nulle, même quand elle comprend des tiers. Il semble bien que cette absence de mémoire apparente de la part de la Cour est due uniquement au désir de laisser dans l'ombre le point délicat pour ne s'attacher qu'à celui dont la solution ne faisait pas de doute.

² Voir en particulier Cass., 13 novembre 1860 ; Paris, 10 décembre 1896 ; Nîmes, 24 avril 1900 ; Nancy, 9 février 1901, 1^{er} décembre 1903, Cass., 23 janvier 1912, précités.

Nous verrons dans le chapitre suivant comment dans certaines espèces la jurisprudence parvient à ne pas annuler une société entre époux avec adjonction de tiers. Il n'en reste pas moins que, devant la rigueur de la jurisprudence, jamais la pratique ne consent à rédiger un acte de société où des tiers se trouvent associés avec deux époux. Aussi est-ce sur ce point que la jurisprudence est le plus attaquée. Car en ce qui concerne les époux, sa thèse, si elle est un peu arbitraire, a tout au moins le grand avantage d'être simple. C'est certainement son extension, très logique d'ailleurs, étant donné le point de départ de la théorie, c'est cette extension, disons-nous, au cas de sociétés entre époux et tiers, qui a alarmé les auteurs et a soulevé tant de critiques contre cette jurisprudence si ancienne pourtant et bien établie.

Puisque nous sommes occupé à examiner quelles sont les sociétés atteintes par les rigueurs de la jurisprudence, nous devons signaler que les sociétés entre concubins sont valides¹. Cela se comprend de soi-même, le concubinage ne créant, d'après notre Code, aucun effet de droit.

On est en droit de se demander si la rigueur de la jurisprudence s'étend au contrat d'association. Certainement non et, à

¹ Paris, 13 juin 1872, D., 73, II, 169; Lyon, 8 mars 1889, *Rev. Soc.*, 89, 261, Tr. civ., Seine, 14 février 1891, *le Droit*, 27 février 1891. — Il convient à ce propos de signaler que les tribunaux déclarent très facilement qu'il y a société entre concubins, même en l'absence de tout acte. C'est ainsi qu'un arrêt de Paris du 8 juin 1912 (*Gaz. Trib.*, 1912, 2^e sem., II, 353; *Rev. trim. de droit civ.*, 1913, p. 209, voir la note) a vu une présomption suffisante de société entre concubins dans le fait de louer solidairement une boutique. Voir dans le même sens, Paris, 13 juin 1868, D., 68, II, 222; Paris, 13 juin 1872, précité; Tr. de Gex, 5 juin 1886; *Pandectes françaises*, 1886, II, 331; Orléans, 3 juillet 1908, *Rev. trim.*, 1909, p. 181; voir cependant un arrêt de Paris du 11 février 1911 (*Gaz. Trib.*, 1911, 1^{er} sem., II, 431; *Rev. trim.*, 1911, p. 814), qui a refusé de reconnaître une société entre concubins pour le motif qu'il n'y avait ni apports respectifs ni gestion commune.

notre connaissance, cette solution n'a jamais été contestée puisqu'il n'existe aucune décision sur la matière. Cependant, en se plaçant au point de vue de la logique, on constate qu'en effet l'argument tiré de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne saurait s'étendre aux associations, mais que, par contre, l'argument tiré de la puissance maritale vaut autant à l'égard des associations que des sociétés. N'a-t-on pas vu souvent, surtout au cours de la guerre, la femme diriger une association dont le mari n'était que simple membre. Et personne ne niera qu'au point de vue moral l'influence et l'autorité d'une directrice ou présidente d'association ne puissent être considérables.

Nous avons dit que, jusqu'ici, en parlant de la nullité des sociétés commerciales, nous avons entendu ne parler que des sociétés en nom collectif. Nous devons étudier maintenant ce qu'il faut penser des autres sociétés entre époux : sociétés en commandite simple, sociétés anonymes, pour ne parler que des plus importantes.

Il faut remarquer tout d'abord que tout ce que nous avons dit de la société en nom collectif s'applique à la société en commandite simple, et même à la société en commandite par actions, quand le mari et la femme sont commandités ; en effet, les commandités sont des associés en nom collectif.

Reprenons donc la société en commandite simple et supposons ou que les deux époux sont commanditaires ou que l'un est commandité, l'autre étant commanditaire.

A notre connaissance il n'existe aucune jurisprudence sur la question. Mais il ne faut pas oublier que la société en commandite simple est une société de personnes, que par conséquent ce lien social, qui semble à la jurisprudence incompatible avec le lien matrimonial, y existe aussi bien, quoique avec moins de force, que dans la société en nom collectif. Ce

qui distingue essentiellement la commandite d'un prêt à intérêt avec participation aux bénéfices, c'est que le commanditaire se trouve sur un pied d'égalité avec le gérant. Certes, il n'a pas les mêmes pouvoirs d'administration, mais dans l'exercice de ses droits d'associé, notamment dans l'approbation des comptes, il se trouve sur un pied d'égalité avec le gérant. M. Thaller dit¹ : « Pouvoir critiquer et contrôler d'égal à égal, voilà l'*affectio societatis*, condition essentielle de toute société. » Aussi croyons-nous qu'en raison de cette égalité, que la société en commandite crée entre les associés, la nullité affirmée par la jurisprudence doit logiquement s'étendre aux sociétés en commandite simple².

C'est d'ailleurs absolument l'avis de la pratique, dont le témoignage est particulièrement intéressant en l'absence de toute décision judiciaire. Les praticiens ne consentent pas à accepter deux époux comme commanditaires dans une société en commandite simple.

Nous raisonnerons de façon toute différente à l'égard de la société anonyme. Il s'agit là d'une société de capitaux dans laquelle il n'existe plus le moindre lien entre les personnes. En effet, ce qui distingue essentiellement les sociétés de capitaux des sociétés de personnes, c'est que les premières ne sont pas constituées en raison de la personne ; par suite elles subsistent lorsqu'une personne succède à l'autre. Au surplus les pouvoirs d'administration de chaque actionnaire sont extrêmement restreints et ne permettent aucun des abus redoutés par la jurisprudence. Il serait donc absolument impossible de soutenir qu'une telle société ne soit pas valable. En fait, dans quantités de ménages, le mari et la femme sont propriétaires d'actions d'une même société.

¹ *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 322.

² Voir en sens contraire, Avollée, *Des sociétés entre époux*, p. 37.

Mais ne faudrait-il pas décider autrement lorsqu'il s'agit de la formation de la société? L'on sait qu'à sa formation la société anonyme doit comprendre sept associés. On s'est demandé si mari et femme pouvaient être au nombre de ces sept premiers associés. On se l'est surtout demandé quand cette entrée en société du mari et de la femme se fait par voie d'apport. On a fait remarquer que l'apport pouvait être particulièrement dangereux pour la femme, car fréquentes sont les fraudes qui consistent à faire une fausse évaluation des apports.

Quelle que soit la justesse de cette remarque, nous ne croyons pas que l'on puisse soutenir la nullité de la société anonyme entre époux, même dans ce cas. Nous l'avons dit, placer des capitaux dans une même affaire en achetant des actions n'est contraire à aucune des dispositions du Code.

Nous ne voyons pas que le fait pour la société d'être en formation puisse influencer sur la solution à donner à cette question. Que des fraudes puissent se commettre au détriment de la femme, cela est possible, mais cela ne suffit pas pour dire qu'il y a nullité. Nous ne devons retenir qu'une chose, c'est que ni le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, ni surtout celui de la puissance maritale, ne peuvent être invoqués ici.

Il existe pourtant sur la question qui nous occupe deux décisions judiciaires, dont l'une, si l'on en croit l'appréciation des auteurs¹, serait exactement contraire à la thèse que nous venons d'exposer. Nous allons donc successivement les examiner.

Nous trouvons d'abord un jugement du tribunal de la Seine du 14 juin 1906 (*Revue des Sociétés*, 1906, p. 391). L'une des parties soutenait la nullité d'une société anonyme, l'Ave-

¹ Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 349. — Hémarid, *op. cit.*, p. 96, note 2.

nir Foncier, comprenant parmi les associés un mari et sa femme qui avaient chacun apporté des immeubles qui leur étaient propres. Au surplus, ils étaient séparés de biens. Le seul moyen invoqué était le principe général, que les époux ne peuvent faire de société entre eux. On voit combien la thèse était exagérée. Le tribunal n'a pas tranché la question, car il a jugé qu'en tout état de cause la nullité se trouvait avoir été ratifiée, et que, dans ces conditions, il n'avait pas à examiner au fond la nullité de la société.

Quant à l'autre arrêt, c'est celui que les auteurs indiquent comme déclarant nulle la société anonyme dans laquelle il y a deux époux au nombre des sept premiers associés. C'est un arrêt de la Cour de Cassation du 14 décembre 1881, S. 83, I, 33.

Il s'agissait d'une société anonyme intitulée le Cirque Fernando, et à laquelle les époux Beert avaient fait apport du cirque qu'ils exploitaient. Nous relevons dans cet arrêt l'attendu qui nous intéresse : « Attendu que tous les signataires de l'acte constitutif de la société du Cirque Fernando, s'étant réunis chez M^e Aubron, notaire à Paris, le 21 mars 1878, y ont déclaré, dans un acte qui a été publié conformément aux lois en cette matière, que Beert et la dame Beert étant mariés sous le régime de la communauté légale, et ayant un intérêt commun, le nombre des associés était en réalité inférieur à sept, contrairement à l'article 23 de la loi du 24 juillet 1867 ; que par suite la société était nulle, n'avait jamais existé ni fonctionné, et que les époux Beert étaient restés propriétaires de leurs parts. »

On voit comment la question se présente. Ce n'est pas parce qu'elle est entre époux que la société serait nulle, mais bien parce que les apports du mari et de la femme, étant faits en biens communs, n'en constituent en réalité qu'un seul ; que, par suite, il n'y a plus sept actionnaires, mais six, ce qui

rend nulle la société. Il en résulte que, s'il y avait eu huit premiers associés, la société n'aurait pas été annulée par le fait de cet apport. Il en résulte encore que, si le mari et la femme avaient fait apport de biens propres à chacun d'entre eux, la société aurait été également valable.

C'est d'ailleurs la solution qu'adopte la pratique et la seule que l'on puisse adopter. La société anonyme est parfaitement valable entre époux, même si les époux sont parmi les sept premiers actionnaires, quand bien même leurs actions seraient des actions d'apport; mais, pour que soit respecté l'article 23 de la loi du 24 juillet 1867, on ne peut compter leurs souscriptions comme deux souscriptions distinctes que si elles sont faites avec des biens propres.

CHAPITRE V

ACCOMMODEMENTS DE LA JURISPRUDENCE

Telle que nous venons de l'exposer, la thèse de la jurisprudence paraît extrêmement rigoureuse. Elle l'est en effet. Mais, comme il arrive pour tous les systèmes exagérés, redoutant elle-même les conséquences d'une doctrine qui était son œuvre, la jurisprudence a souvent fait effort pour y échapper par une sorte de casuistique parfois heureuse.

Nous devons signaler tout d'abord qu'elle est arrivée par la notion de société de fait à considérer la société comme valable dans le passé. Nous ne faisons qu'indiquer ceci qui fera l'objet de notre deuxième partie.

Mais, dans bien des cas, elle est parvenue à la faveur des circonstances à ne pas voir de société entre époux là où il y en avait véritablement une, et à éviter ainsi la nullité.

Pour procéder de la sorte, les tribunaux invoquent l'article 1157 qui fait un devoir au juge, lorsqu'un contrat est susceptible de deux sens, de choisir celui qui lui permet de produire un effet de préférence à celui qui ne lui permet pas d'en produire.

C'est aux juges qu'il appartient de décider si le contrat incriminé est bien un contrat de société ou si ce n'est au contraire qu'un contrat de louage d'ouvrage avec participation aux bénéfices, ou un mandat ; car s'il s'agissait d'un

contrat de ce genre, le juge n'aurait plus à prononcer de nullité. Le mari, ou même parfois la femme¹, serait considéré comme étant le seul exploitant du fonds de commerce. On peut remarquer la bizarrerie de la jurisprudence qui n'admet pas que les époux soient associés, et qui ne craint pas de considérer le mari comme le simple employé de la femme.

De même le mari peut jouer le rôle de gérant sans être associé. Il peut même recevoir comme émolument une part des bénéfices sociaux. Ce cas se produit lorsqu'une femme recueille le fonds de commerce de son père, et que, en fait, c'est le mari qui gère les affaires commerciales de la femme.

Mais ce ne sont là que des cas d'espèces qui nous font simplement voir la jurisprudence soucieuse de prononcer des nullités le moins souvent possible.

Il est un cas pratique beaucoup plus fréquent dans lequel la jurisprudence se montre encore plus favorable.

Elle part de ce principe qu'il ne suffit pas, pour que la loi soit violée, que la femme intervienne dans l'acte constitutif de société ; il faut encore que chaque conjoint y joue le rôle de l'associé. Ce principe admis, l'on constate que, lorsque des époux communs en biens forment une société avec des tiers, il se peut fort bien que la femme n'intervienne dans l'acte que comme commune en biens, mais que dans l'administration de la société elle ne joue aucun rôle.

Il a semblé alors aux tribunaux qu'il n'y avait plus un certain nombre d'associés, par exemple trois, parmi lesquels un mari et sa femme, mais qu'il n'y avait plus que deux associés : le tiers d'une part, les époux de l'autre.

Cette doctrine semble prendre naissance dans des jugements et arrêts déjà anciens². Mais dans ces premières déci-

¹ Nîmes, 18 décembre 1886, sous Cass. req., 12 juillet 1887, précité.

² Cass. req., 12 mai 1874 ; S., 1874, I, 427 ; Tr. com. Seine, 24 février 1876, *J. Tr. com.*, 1876, p. 239.

sions, les juges semblent s'être surtout préoccupés de refuser aux femmes le caractère d'associés pour les faire échapper à la faillite.

Beaucoup plus précis est un jugement du Tribunal de commerce de Dijon du 10 juillet 1883¹. Il s'agit d'une société contractée entre deux époux communs en biens. Le jugement constate que, si les deux époux ont pris part à l'acte constitutif, la femme n'avait aucun bénéfice particulier, que les bénéfices et les pertes subis par chacun des époux étaient portés au crédit ou au débit de la communauté. Ce jugement dit, en un mot, qu'il n'y avait que deux associés : les époux et le tiers.

Mais l'arrêt le plus décisif et le plus connu est celui de la Cour de Paris du 24 janvier 1885². Confirmant le jugement du Tribunal civil de la Seine du 19 juillet 1882, la Cour de Paris a déclaré qu'une société constituée entre des époux et un tiers était valable, s'appuyant surtout sur ce fait que les actes de société n'énoncent pas trois parties, mais deux seulement, les époux d'une part, le tiers de l'autre.

Quelques autres décisions ont été rendues en cette matière et dans ce sens³. Les auteurs ont vu d'une façon très favorable cette manière de voir libérale des tribunaux⁴. Mais la Cour de Cassation ne s'est pas encore prononcée sur la question. Elle a bien rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de Paris du 24 janvier 1885, par un arrêt de la Chambre des requêtes du

¹ *Rev. Soc.*, 1883, p. 626.

² Sous Cass. req., 6 février 1888 ; *S.*, 1890, I, 49, note Labbé.

³ Tr. civ. Seine, 6 mars 1891, cité par Houpin ; *J. Soc.*, 1894, p. 87 et suiv. ; Tr. civ. Seine, 18 février 1896, *J. Soc.*, 1897, p. 437 ; Tr. com. Lyon, 12 juillet 1898, et 8 août 1898, *Annales de droit commercial*, 1899, p. 16.

⁴ V. Houpin, *J. Soc.*, 1894, p. 87 ; Labbé, note *Sirey*, 1890, I, 49 ; M. Houpin, en particulier, défend cette jurisprudence avec beaucoup d'énergie, voir dans le même sens son article précité au *J. Soc.*, 1909, p. 97 et suiv.

6 février 1888. Mais son rejet est basé uniquement sur ce que, à supposer qu'il y ait eu nullité, celle-ci se serait trouvée couverte par une ratification intervenue après la mort de l'un des époux¹. Une fois de plus la Cour a évité de trancher une question difficile, préférant certainement laisser aux Tribunaux un grand pouvoir d'appréciation, afin de prononcer le moins possible de nullités.

En somme que faut-il pour qu'une société entre des époux et un tiers soit considérée comme valable ?

Il faut d'abord qu'ils soient communs en biens.

Il faut ensuite qu'ils agissent dans un même intérêt. C'est là qu'intervient avec une grande latitude le pouvoir d'appréciation du juge. Cette unité d'intérêts pourra résulter du fait qu'ils n'ont qu'un compte dans la Société ; ou bien encore du fait que les époux ne reçoivent à eux deux qu'une part sociale. Il est certain aussi que, lorsque la femme n'a aucun droit d'administration ni de gestion, on admettra plus volontiers qu'elle ne soit intervenue là que comme commune en biens. Les tribunaux semblent aussi très volontiers s'attacher aux termes mêmes de l'acte constitutif ; s'il est dit que la société est constituée entre les époux d'une part et un tel d'autre part, il y a là une preuve que ce n'était pas une société entre époux prohibée.

Si personne n'ose réprover cet adoucissement de la jurisprudence, plusieurs pensent du moins qu'au point de vue théorique elle est loin d'être inattaquable. Ce qu'on lui reproche surtout, c'est de faire de la communauté une personne morale ; idée très contestable et généralement condamnée.

Aussi, pour éviter un pareil reproche, certaines décisions judiciaires interprètent d'une manière un peu différente ce genre de sociétés entre époux. Ces décisions considèrent que

¹ Nous retrouverons cette question dans notre deuxième partie.

seul le mari est associé ; il est en effet le chef de la communauté, et la femme n'intervient que pour stipuler avec son mari en vue notamment de renoncer par ce moyen à son hypothèque légale sur les immeubles sociaux¹.

Ce qu'il faut signaler, c'est la facilité avec laquelle certains tribunaux, soit à l'aide du premier moyen, soit à l'aide du second, valident de véritables sociétés entre époux. Ils ne craignent pas de le faire même quand les époux reçoivent des parts distinctes ou même des avantages spéciaux².

Comme nous l'avons vu les tribunaux se contentent alors de trouver dans l'acte constitutif une tournure de phrase qui montre les époux agissant ensemble. Et ainsi la lettre sauve l'esprit.

¹ En ce sens Tr. com. Seine, 18 février 1896, *J. Soc.*, 1897, p. 437 ; 19 juillet 1882, sous Req., 6 février 1888 ; S., 1890, I, 49 ; Amiens, 8 juillet 1899, *J. Soc.*, 1900, p. 212.

² Voir Paris, 24 janvier 1885, précité, Tr. civ. Seine, 6 mars 1891, précité.

DEUXIÈME PARTIE

CARACTÈRES ET EFFETS DE LA NULLITÉ DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES DE LA NULLITÉ

Jusqu'ici nous nous sommes simplement demandé dans quels cas la Société entre époux est nulle. Nous n'avons pas admis cette nullité en principe, mais nous avons pourtant reconnu que, dans certains cas, elle doit être prononcée. Nous avons donc à dire ce qu'est à nos yeux cette nullité, quels en sont les caractères et les conséquences. Mais notre but essentiel n'est point d'exprimer notre opinion personnelle, c'est surtout d'étudier la jurisprudence et de voir dans son système les caractères et les effets de la nullité.

C'est certainement dans cette partie de son système que la jurisprudence nous paraîtra la plus novatrice et la plus audacieuse. Nous devons dire aussi que la doctrine s'est longtemps désintéressée de ces préoccupations pourtant si importantes. Il lui semblait vraisemblablement qu'elle pouvait négliger les conséquences et comme l'anatomie d'une théorie dont elle condamnait le principe. Les auteurs ne se préoccupaient même pas de dire ce que devait être la nullité des sociétés entre époux dans les cas où eux-mêmes l'admettaient.

A notre connaissance, c'est M. Hénard qui, dans une note au Sirey¹, a, le premier, tenté une étude d'ensemble donnant

¹ S., 1905, I, 41, sous l'arrêt du 5 mai 1902, précité.

les principes directeurs de la jurisprudence en ce qui concerne les effets de la nullité.

Depuis, cette question a été reprise en détail par M. Pic¹, et spécialement par M. Hémar dans son ouvrage d'ensemble sur les nullités de sociétés, que nous avons déjà cité à diverses reprises.

Nous savons sur quels motifs la jurisprudence a construit sa thèse; nous savons que leur principal caractère est d'être d'ordre public. En effet, les règles de la puissance maritale et de l'immutabilité des conventions matrimoniales — cette dernière surtout — sont établies non seulement dans l'intérêt des époux, mais aussi dans celui des tiers. Il s'agit en tout cas de principes intéressant l'ordre social.

De ce caractère général d'ordre public, la jurisprudence déduit les divers caractères de la nullité des sociétés entre époux.

C'est d'abord une nullité absolue. Elle peut être demandée par tous les intéressés. Quels sont ces intéressés? La femme tout d'abord, qui a intérêt à se défendre contre un abus d'ingérence du mari qui a pu lui être très nuisible; le mari, qui peut vouloir faire respecter son autorité méconnue, — remarquons que l'un aussi bien que l'autre des époux peuvent avoir été lésés par un changement à leurs conventions matrimoniales, changement qui, nous l'avons reconnu, peut se produire quelquefois.

Les créanciers sociaux peuvent certainement demander la nullité; leur principal intérêt semble être de pouvoir susciter une liquidation immédiate en cas d'insuccès de la société².

L'intérêt des créanciers personnels des époux apparaît au

¹ *Traité des Sociétés*, t. I, n^{os} 412 et suiv.

² Voir Paris, 24 mars 1870, D., 1872, II, 43; S., 1871, II, 71. Dans cette espèce, c'est le syndic de la faillite qui a demandé la nullité.

contraire de la façon la plus nette. En effet, si la nullité de la société est déclarée, les biens de celle-ci deviennent leur gage, et, s'ils ont une hypothèque légale ou judiciaire, elle viendra frapper les immeubles sociaux.

Les auteurs assez rares, nous l'avons dit, qui se sont occupés de ces questions n'approuvent guère cette solution de la jurisprudence. Ainsi, pour M. Thaller¹, que M. Hémard² suit sur ce point, elle est regrettable. Ces auteurs auraient compris que la jurisprudence fit de la nullité des sociétés entre époux un moyen de protection pour la femme. On voit de quelle construction juridique ils auraient rêvé : la femme incapable de contracter une société avec son mari, incapacité qui aurait eu sa sanction dans une nullité relative, conformément aux principes de notre Code, nullité qui aurait pu être invoquée uniquement par la femme.

Jamais une telle préoccupation n'a inspiré les décisions judiciaires, et, si en ces matières les tribunaux se sont inquiétés de préserver la femme, c'est par des procédés de détail dont le principal — que nous étudierons plus loin — consiste à la faire échapper à la faillite, en invoquant l'article 5 du Code de commerce.

Mais, en ce qui nous concerne, nous croyons devoir approuver la jurisprudence. Nous avons critiqué son point de départ : nous avons nié que toute société entre époux soit en principe nulle, mais nous devons reconnaître qu'étant donné les arguments sur quoi elle se fonde elle agit avec une logique qu'on ne saurait critiquer³.

Le second caractère de cette nullité est qu'elle ne saurait

¹ *Traité élémentaire*, n° 349.

² P. 113.

³ Nous ne faisons sur ce point que suivre l'opinion exposée par M. Pic, et qu'il revendique comme lui étant propre (Thaller et Pic, *Sociétés commerciales*, n° 412).

être ratifiée, conséquence du caractère principal d'ordre public. C'est ainsi que l'exécution du pacte social ne peut en aucune façon effacer la nullité¹.

De même aucune convention, aucun compromis ne peut comporter la ratification. Il semblerait que l'on doive conclure que le fait de la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux ne permet pas davantage la ratification de la nullité. Cependant la Cour de Cassation s'est prononcée exactement en sens contraire². Il semble difficile de justifier par le raisonnement une pareille solution. On la comprend, au contraire, fort bien quand on voit quelles conséquences bénignes la jurisprudence fait produire à une nullité qu'elle se plaît à rendre si sévère en apparence. Disons simplement pour l'instant que, grâce à la notion de société de fait, la société entre époux subsiste entièrement dans le passé. On comprendra que, dans ces conditions, admettre la ratification d'une société lorsque l'un des époux est décédé ne soit qu'une manière d'éviter un procès en nullité absolument vain et frustratoire³.

De même qu'elle ne peut être ratifiée, la nullité des sociétés entre époux ne peut être prescrite. Par analogie avec ce que venons de dire, il faut admettre que la prescription est possible du jour du décès de l'un des époux.

Nous devons signaler un jugement⁴ qui prétend appliquer

¹ Paris, 14 avril 1856; S., 1856, II, 369.

² Cass. req., 6 février 1888, précité.

³ Voici l'argument invoqué par l'arrêt de la Chambre des requêtes précité : « Attendu que vainement le pourvoi objecte que les nullités par lui invoquées sont d'ordre public; qu'en admettant qu'elles aient ce caractère, elles n'en ont pas moins été couvertes par la ratification et la complète exécution constatée par l'arrêt; cette exécution et cette ratification ayant eu lieu bien après le décès d'Arnaud Veissières (le mari), c'est-à-dire à un moment où les motifs d'ordre public étaient hors de cause et où il ne s'agissait entre les parties que d'intérêts privés à régler. »

⁴ Tr. civ., Seine, 14 juin 1906, *J. Soc.*, 1907, p. 277.

à la nullité des sociétés entre époux la règle établie par la loi du 1^{er} août 1893 (art. 42 de la loi du 24 juillet 1867), d'après laquelle l'action en nullité se trouve prescrite lorsque dix années se sont écoulées depuis la constitution de la société. M. Hémard¹ trouve cette interprétation contraire à l'article 2253 du Code civil, d'après lequel la prescription ne court pas entre époux. Cet argument est juste mais insuffisant, car il ne saurait valoir quand la nullité est invoquée par un tiers. Le véritable argument qui condamne cette interprétation, c'est que l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 (modifié par la loi du 1^{er} août 1893) ne vise que les nullités prononcées par l'article 41 de la loi de 1867. Cette disposition est étrangère à toutes les autres nullités, notamment à celles qui résultent des vices du consentement, et à celles qui nous occupent².

Une autre conséquence du caractère absolu de la nullité, c'est qu'elle peut être invoquée en tout état de cause. Elle peut être invoquée pour la première fois en appel, mais ne pourrait pas l'être pour la première fois en cassation³.

Elle peut être demandée tant par voie d'exception que par par voie principale⁴.

Elle peut être demandée même après que la faillite de la société a été déclarée⁵.

¹ P. 114, note 5.

² En ce sens voir la note au *J. Soc.*, 1907, sous le jugement précité et les autorités qui y sont citées.

³ Cass. Belge, 26 janvier 1899; Pasicrisie, 1899, I, 91, Paris, 18 février 1908, *J. Tr. com.*, 1909, p. 305.

⁴ Paris, 10 décembre 1896, D., 1897, II, 125; *J. Soc.*, 1897, p. 383, Nancy, 9 février 1901, D., 1902, II, 140.

⁵ Voir l'arrêt de Nancy du 9 février 1901, précité. Dans cette espèce, le syndic de la faillite demandait la nullité de la société trois ans après la déclaration de faillite. Tout en regrettant ce retard, le Tribunal a admis la nullité. Cette solution est d'ailleurs conforme à celle admise pour les autres nullités de sociétés (Voir Lyon, 8 mai 1884, D., 1884, II, 219).

Avec une grande partie de la doctrine, nous avons critiqué le système de la jurisprudence annulant toute société entre époux. Comme la doctrine elle-même, tout en posant le principe de la validité de ces sociétés, nous avons reconnu que, dans certains cas, elles pouvaient être nulles. Nous l'avons dit : les auteurs se sont peu souciés d'examiner les caractères et les conséquences d'une nullité dont ils reconnaissent la possibilité. Pour éviter cet écueil, au fur et à mesure de notre analyse de la jurisprudence, nous dirons brièvement comment les choses se passeraient dans le système par nous proposé.

En ce qui concerne les caractères de la nullité que nous admettons, il nous suffira de dire que c'est une nullité absolue pouvant être invoquée par tous. Elle aurait donc les mêmes caractères que dans le système de la jurisprudence ; et cela n'a rien que de très naturel. Dans le cas où nous admettons la nullité, nous la basons sur les mêmes principes que la jurisprudence. Tout ce que nous prétendons c'est que certaines sociétés seulement entre époux leur sont contraires. Il est donc naturel que, quand elles les contrarient, leur nullité affecte les mêmes caractères que dans l'autre système.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA NULLITÉ. — DES SOCIÉTÉS DE FAIT

Demandons-nous d'abord quels devraient être logiquement les effets de la nullité des sociétés entre époux. D'après les principes généraux de notre droit civil, lorsqu'un contrat est annulé, les choses doivent être remises dans le même état que si le contrat n'avait pas été fait. C'est le principe de l'effet rétroactif de la nullité.

La société entre époux serait, d'après ce principe, considérée comme n'ayant jamais existé. Les époux reprendraient donc chacun sa mise. Et cette nullité serait opposable aux tiers. Ceux-ci en effet pouvaient facilement connaître l'état d'époux des associés et ils devaient savoir que toute société entre époux est nulle. Ne voyons-nous pas d'ailleurs un arrêt déclarer que, si les tiers ont méconnu les effets légaux du mariage par rapport au pacte social dans lequel les époux s'étaient trouvés antérieurement engagés, ce serait là une erreur de droit qu'ils ne sauraient s'imputer qu'à eux-mêmes¹.

¹ Dijon, 27 juillet 1870, D., 1872, II, 43; S., 1871, II, 268; comme l'indiquent les termes de l'attendu que nous citons, il s'agit d'un mariage intervenu entre deux associés.

Et la doctrine, de son côté, est d'accord sur cette conséquence rigoureuse, mais logique, des principes¹.

Et de fait, il serait facile d'appliquer ce procédé lorsque la société n'a pas fonctionné. Chaque époux reprendrait sa mise, et la rétroactivité de la nullité serait respectée aussi bien que l'équité.

Mais presque toujours la société a fonctionné, elle a passé des contrats avec des tiers, elle a réalisé des profits ou subi des pertes. Si l'on ne tenait pas compte de ces actes divers, il en résulterait, soit pour les associés, soit pour les tiers, un enrichissement sans cause. Comme le dit très justement M. Thaller², on se trouve en présence de marchés non annulés en eux-mêmes qui ont produit des résultats.

Il faut bien que cette société, ou plutôt ceux qui la composent, puissent se faire payer les sommes qui leur sont dues; il faut d'autre part que les créanciers de cette société conservent pour gage les biens qu'elle possédait.

Et si nous considérons les rapports des associés entre eux, nous devons encore nous demander à qui il faut attribuer les bénéfices s'il en a été réalisé.

Certains voient comme solution possible l'application de la règle *in pari causa melior est possidentis*, c'est-à-dire que celui qui a recueilli les bénéfices, pratiquement le gérant, les conserverait. L'on comprend sans peine que ceux-là mêmes qui envisagent cette solution la condamnent aussitôt. N'y aurait-il pas là pour le gérant un enrichissement en cause? Et que penser si le gérant n'était pas l'un des associés? Et lorsque le gérant est l'un des associés, comment admettre qu'il soit plus avantageux que si la société avait été régulière³?

¹ Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 62.

² Thaller, n° 365.

³ Hémar, p. 105.

Un second procédé consistait à condamner les époux solidairement envers les tiers qui avaient traité avec la société. Ce procédé est assez juste : les tiers en effet, en traitant avec la société, étaient en droit de compter comme gage, et sur l'avoir de la femme, et sur celui du mari. Un autre résultat équitable, c'est que la femme ne pouvait plus ainsi échapper aux conséquences pécuniaires d'actes qu'elle avait pourtant faits en pleine connaissance de cause. On évitait ce scandale de voir la femme profiter des bénéfices de la société et ne pas participer aux pertes.

On ne peut citer que peu d'arrêts appliquant ce procédé¹. Cependant l'arrêt de cassation du 5 mai 1857, cité en note, prononce très nettement la condamnation solidaire du mari et de la femme envers les tiers à raison des dettes de la société ; et les arguments invoqués par cet arrêt sont intéressants.²

Pour en terminer avec ce procédé qui tient peu de place dans la jurisprudence relative à notre sujet, remarquons qu'il revient à considérer les associés comme étant dans l'indivision.

Après ces quelques tâtonnements inévitables, la jurisprudence est arrivée à donner à cette difficile question des conséquences de la nullité des sociétés entre époux une solution à peu près définitive en recourant à la notion de société de fait, dont elle se servait déjà pour d'autres causes de nullité.

Pour bien comprendre ce qu'on entend par société de fait,

¹ Cass. civ., 23 novembre 1812 ; S., Chr. ; Cass. civ., 5 mai 1857 ; S., 1859, I, 490.

² Il convient de faire remarquer qu'à côté de ces deux arrêts admettant la condamnation solidaire des deux époux il en existe un plus grand nombre qui la repoussent formellement. Cass. civ., 19 janvier 1881, D., 1882, I, 63 ; S., 1882, I, 158 ; Cass. civ., 10 mai 1882, D., 1883, I, 112 ; S., 1882, I, 352. Mais tous ces arrêts visent des espèces où il n'y avait pas d'acte de société ; on comprend mieux alors que les Tribunaux n'aient pas voulu condamner la femme, surtout en présence de la présomption de l'article 5 (al. 2) du Code de commerce qui en fait alors la préposée du mari.

il faut repasser en revue les diverses causes de nullité des sociétés et voir comment cette notion nouvelle s'est imposée au juge comme une nécessité pratique. Il s'agit là d'une des créations les plus heureuses de la jurisprudence.

En effet, cette question qui nous occupe des conséquences de la nullité n'est pas particulière à notre sujet¹. Elle se pose pour toutes les sociétés entachées de nullité. Depuis le début du XIX^e siècle, les auteurs constatent que notre législation a créé à profusion des causes de nullité, et ne s'est jamais préoccupée d'en régler les effets².

La jurisprudence, plus voisine de la pratique, s'était rendu encore plus rapidement compte de l'impossibilité d'appliquer en cette matière, de façon absolue, le principe de la rétroactivité des nullités. Si, en effet, on ne peut appliquer à la société une règle dont s'accommodent les autres contrats, c'est que sa nature est spéciale. La société est un contrat successif, pour parler plus clairement, ce n'est pas seulement un contrat, c'est un état. Et tant que dure cet état, il engendre une série de faits, d'actes, d'états aussi sur lesquels on ne peut revenir sans froisser l'équité, comme nous venons de l'exposer plus haut.

Et ce qui montre bien que là est la source de l'incompatibilité de la société avec la théorie des nullités, c'est que le même raisonnement s'impose avec les autres contrats successifs. Pour n'en prendre qu'un, nous ne parlerons que du mariage. Le mariage lui aussi constitue un état en même temps qu'un

¹ L'ouvrage le plus complet sur les nullités de sociétés et sur les sociétés de fait est sans conteste celui de M. Hémaré que nous avons déjà cité ; nous y avons fait de larges emprunts pour toute cette partie de notre étude.

² Cette situation n'est pas particulière au droit français. En Italie, malgré les dispositions du Code de commerce de 1882, les auteurs se plaignent de l'insuffisance de la réglementation des sociétés de fait (voir Bonelli, *Rev. di diritto commerciale*, 1906, I, 9.)

contrat. Ses effets se produisent au cours d'années qui peuvent être fort longues. Aussi le législateur s'est-il rendu compte qu'il était impossible de faire supporter aux intéressés les conséquences désastreuses de la rétroactivité, du moins lorsque les époux sont de bonne foi. Et il a créé ce que l'on appelle le mariage putatif dans l'article 201 du Code civil : « Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants lorsqu'il a été contracté de bonne foi ».

C'est ainsi que la communauté de biens sera dissoute et liquidée, que les enfants seront légitimes. En un mot, le mariage est annulé pour l'avenir, mais il est maintenu pour le passé.

On peut dire que c'est ce principe de l'article 201 du Code civil que la jurisprudence a étendu au contrat de société, non pas qu'elle ait raisonné par analogie, mais elle a été tout naturellement amenée à appliquer à deux maux de même nature deux remèdes analogues¹.

Pour les tribunaux², depuis le jour de la constitution de la société jusqu'au jour où la nullité est prononcée, il a existé en fait une société qui a passé des contrats, réalisé des bénéfices ou subi des pertes. Cette société va disparaître du jour où la nullité de la société est prononcée, mais en même temps qu'on la condamne à mort, il faut lui donner son plein développement. Il faut approuver les opérations qu'elle a menées à bonne fin,

¹ Sur les raisons d'équité qui commandent d'adopter la notion de société de fait, voir la note de M. Lacoïnta, S., 1888, I, 305, sous un arrêt du 7 mars 1888. Sur ce même sujet voir cet arrêt lui-même ainsi que Cass., 15 décembre 1851; S., 1852, I, 21, Paris, 19 mars 1860; S., 1860, II, 465; Cass., 19 mars 1862; S., 1862, II, 381; Pau, 19 novembre, 1867; S., 1868, II, 12. Ces derniers ne sont pas relatifs à des sociétés entre époux.

² Le premier arrêt qui prononce le mot de société de fait est un arrêt de la Cour de Paris du 8 avril 1825, S., Chr.

il faut terminer celles qu'elle a seulement entreprises, il faut enfin la liquider.

On peut alors appliquer à la société nulle ce que nous avons dit du mariage putatif : « La société est annulée pour l'avenir, mais elle est maintenue pour le passé. »

Mais les nullités si nombreuses qui viennent frapper les sociétés ne sont pas toutes de même nature, et la jurisprudence n'a pas cru pouvoir leur appliquer à toutes également son principe de la société de fait.

Si l'on veut rechercher pour quelles sortes de sociétés nulles il y a société de fait, il convient de distinguer deux grandes catégories : d'une part les nullités résultant d'un vice infectant le contrat de société, et d'autre part les nullités résultant de vices relatifs à la constitution légale des sociétés.

La deuxième catégorie, qui renferme les cas qui pratiquement se produisent le plus fréquemment, est aussi celle pour laquelle la théorie de la société de fait a été créée. Donc, en principe, toutes les fois qu'une société sera nulle pour avoir enfreint des règles concernant sa constitution, elle sera nulle pour l'avenir, mais vaudra dans le passé comme société de fait. C'est ainsi qu'une société anonyme nulle pour défaut de souscription intégrale du capital social vaudra pour le passé comme société de fait.

Si nous examinons au contraire les nullités de la première catégorie, celles qui proviennent d'un vice infectant le contrat de société lui-même, nous devons distinguer deux sous-catégories : 1° les sociétés nulles comme illicites ; 2° les sociétés nulles pour vices de consentement ou incapacité.

A l'égard des secondes, la jurisprudence reconnaît en principe qu'elles valent comme sociétés de fait.

A l'égard des premières au contraire, la jurisprudence, approuvée d'ailleurs par la doctrine, déclare qu'elles ne peuvent jamais valoir comme sociétés de fait. Et cela soit que

l'illicéité frappe l'objet même de la société, soit qu'elle atteigne seulement l'exercice en société de la profession objet de la société.

Est-ce à dire que la seule ressource à l'égard d'une société illicite soit d'appliquer le principe de la rétroactivité de la nullité? Certes non, et la jurisprudence elle-même, qui a fait en cette matière de nombreuses applications de ce principe, a cru devoir parfois y faire d'importants accrocs pour sauvegarder l'équité.

On ne peut évidemment parler de société de fait puisque toute société de ce genre est, par hypothèse, contraire à la loi. Mais il y a eu cependant un certain patrimoine commun, ce que les auteurs appellent une communauté de fait. Et le procédé le plus équitable, et qu'emploie volontiers la jurisprudence, est de liquider cette communauté. Nous ne pouvons pas, étant donné les dimensions modestes de notre étude, nous étendre suffisamment sur cette question pour bien faire comprendre la différence qu'il y a entre la communauté de fait et la société de fait.

Qu'il nous suffise de dire que la communauté de fait est une simple indivision. La société de fait est au contraire une véritable société. C'est ainsi que la société de fait pourra être déclarée en faillite, qu'elle pourra être liquidée conformément aux statuts. Cela ne se peut pas pour la communauté de fait qui est simplement le produit des faits. La situation doit être comparée à celle des époux bigames qui peuvent réclamer la liquidation de la communauté d'intérêts ayant existé entre eux, et il y a bien là cependant une cause illicite tout à fait caractéristique.

En présence de cet exposé une question se pose tout naturellement : dans quelle catégorie ranger la nullité des sociétés entre époux? A n'en pas douter, si l'on veut raisonner logiquement, et si l'on considère les motifs d'ordre public sur

lesquels la jurisprudence s'appuie pour annuler les sociétés entre époux, il faut les mettre au rang des sociétés illicites et affirmer que jamais elles ne peuvent valoir comme sociétés de fait.

La jurisprudence, au contraire, n'hésite pas à faire des sociétés entre époux une catégorie spéciale et paraît les considérer comme des sociétés de fait et non comme de simples communautés de fait¹.

Ce qu'est cette société de fait, quels effets elle produit tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, c'est ce que nous dirons dans les deux chapitres qui vont suivre.

Avant de passer à cet examen détaillé du système de la jurisprudence, nous devons dire que nous ne l'approuvons pas. Nous venons de dire qu'à notre avis il ne découlait pas logiquement du point de départ de la jurisprudence.

Mais nous-même avons reconnu que parfois les sociétés entre époux étaient nulles. Quand elles sont nulles, elles le

¹ La première décision qui applique nettement la notion de société de fait à une société entre époux nous semble être l'arrêt de Cass. civ. du 7 mars 1888; S., 1888, I, 305. Autres arrêts intéressants relativement à la notion de société de fait. Cass. req., 27 juin 1893, D., 1893, I, 488; S., 1894, I, 25; Cass. req., 11 avril 1906; D., 1908, I, 284; S., 1911, I, 508, 3 juillet 1917, D., 1917, I, 127. Bien que la jurisprudence ne se soucie guère de préciser la portée juridique de ses décisions, nous croyons qu'elle considère les sociétés entre époux nulles non comme de simples communautés de fait, mais bien comme des sociétés de fait. Elle répète cette formule dans beaucoup de ses arrêts, et rien de précis ne permet de dire qu'elle traite les sociétés entre époux autrement à ce point de vue que les sociétés nulles en raison de vices relatifs aux règles de la constitution légale des sociétés. De leur côté, les auteurs assez rares qui se sont occupés de la question critiquent et à bon droit la jurisprudence; pour eux, comme nous le disons au texte, en partant du point de départ de la jurisprudence, qui est la nullité d'ordre public, on ne peut admettre que la communauté de fait. Voy. Hémard, p. 149, et surtout la note de M. Bouvier-Bangillon au *Dalloz*, 1912, I, 481.

sont pour des motifs d'ordre public, nous n'hésitons pas à dire qu'il faut alors les rattacher aux sociétés illicites.

Il y aura donc lieu de liquider la communauté de fait qui aura existé, mais on ne saurait en aucune manière parler de société de fait là où la loi prohibe la société pour des raisons d'ordre public.

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES DE LA NOTION

DE SOCIÉTÉ DE FAIT

Il est donc certain que presque tous les arrêts récents, après avoir affirmé la nullité des sociétés entre époux, déclarent, comme le fait l'un d'entre eux¹, que la société annulée a produit des rapports de fait dont l'équité exige qu'il soit tenu compte. On remarquera combien cette formule est vague, et ce n'est pas la seule décision qui se tienne aussi loin des précisions. Aussi lorsque l'on cherche à savoir exactement quelles conséquences la jurisprudence fait découler de la notion de société de fait en matière de sociétés entre époux, l'on a une peine extrême à dégager une théorie d'ensemble, d'autant plus que les décisions sont beaucoup plus rares qu'on ne le croirait d'abord. Nous l'avons vu, ce n'est que depuis 1888 que les tribunaux appliquent la notion de société de fait à l'espèce qui nous occupe. Et depuis cette époque un grand nombre d'arrêts se contentent de rappeler le principe sans en développer les conséquences.

Aussi bien devons-nous nous contenter d'enregistrer les diverses solutions de la jurisprudence sans affirmer qu'elles soient toutes reliées par une logique irréprochable.

¹ Cass. req., 27 juin 1893 (D., 1893, I, 488).

La société de fait produit d'abord ses effets entre les parties. C'est ainsi que les sommes régulièrement touchées à titre de bénéfices par les époux seront à bon droit conservées par chacun d'eux¹. Mais la principale conséquence entre les parties de l'existence d'une société de fait est qu'il va falloir procéder à la liquidation de cette société. Etant donné l'importance de cette question, nous croyons préférable de lui consacrer le chapitre suivant, d'autant plus que ce que nous dirons au cours de celui-ci aidera à résoudre les problèmes que soulève cette question de la liquidation des sociétés de fait.

Le second ordre de conséquences concerne les tiers. A leur égard aussi tous les actes faits par la société sont maintenus et les biens de la société constituent leur gage exclusif. Nous n'aurions presque pas besoin de développer ce principe qui ne demande aucune explication, si deux questions ne se posaient, soulevées par plusieurs décisions judiciaires.

Le premier point qui demande quelque explication semble, à première vue, et l'est peut-être bien en réalité, une exception aux conséquences normales de l'idée de société de fait. En effet, d'après quelques arrêts, la nullité de la société entre époux aurait pour effet que les hypothèques légales provenant du chef de l'un des associés grèvent les immeubles ayant appartenu à la société².

L'un de ces arrêts (celui de Nîmes) déclare en substance que l'immeuble acquis par une société entre deux époux et un tiers (laquelle est nulle) devient privativement la propriété indivise des trois prétendus associés et que cet immeuble indivis, dont le mari cotuteur est devenu copropriétaire, est par conséquent frappé de l'hypothèque légale de ses pupilles.

¹ Cass., 3 juillet 1917, précité.

² Nîmes, 24 avril 1900, D., 1901, II, 4; S., 1902, II, 302, et sur pourvoi Cass. req., 23 avril 1902, D., 1902, I, 309; S., 1904, I, 506; Paris, 10 décembre 1896, D., 1897, II, 125.

Et cette décision a reçu la consécration de la Cour de Cassation qui a rejeté le pourvoi formé contre elle.

Le second arrêt, qui émane de la Cour de Paris, donne la même solution pour l'hypothèque légale de la femme mariée. Il décide en substance que les immeubles dépendant de la communauté existant entre les époux, qui ont été apportés par ceux-ci dans la société contractée entre eux et un tiers, ne sauraient être considérés comme ayant cessé de dépendre de la communauté et sont demeurés grevés de l'hypothèque légale de la femme.

En présence de ces deux décisions, on peut dire que la jurisprudence est fixée sur ce point et conclure que les immeubles dépendant d'une société entre époux sont grevés par les hypothèques légales nées du chef de l'un des associés.

Mais quelle est la portée juridique de cette solution, et quelles conséquences faut-il en tirer? On ne peut pas se dissimuler qu'elle est contraire à la notion de société de fait. Car si tout se passait, c'est le principe même de la société de fait, comme si la société était valable dans le passé, il faudrait admettre que les immeubles appartenaient à la société et ne pouvaient être grevés d'hypothèques provenant du chef de l'un des associés. Mais ce serait là admettre que la société de fait est une personne morale, et l'on sait que la jurisprudence l'admet difficilement, même lorsqu'il s'agit de société nulle pour des vices de constitution¹. Aussi nous contenterons-nous purement et simplement d'enregistrer cette solution de la jurisprudence. Nous devons cependant ajouter que nous l'approuvons pleinement. Nous avons, en effet, exposé que logiquement le caractère d'ordre public de la nullité entre époux empêchait résolument de considérer celle-ci comme une société de fait, et permettait simplement de la considérer

¹ Hémard, nos 224 et suiv.

comme une communauté de fait. Or, cette solution de la jurisprudence, relative à l'hypothèque légale du chef de l'un des associés, concorde parfaitement avec la notion de communauté de fait¹.

La deuxième question intéressante, soulevée par les conséquences qu'entraîne la notion de société de fait, est celle de la faillite des sociétés entre époux, du moins des sociétés commerciales, les seules pour lesquelles la question puisse se poser.

Sans parler de la société entre époux, il est admis en principe par la doctrine et par la jurisprudence qu'une société nulle peut être déclarée en faillite. C'est la meilleure sauvegarde des intérêts des créanciers sociaux. Doit-on étendre cette règle aux sociétés de fait entre époux? Voilà la question qu'il convient de se poser.

L'on constate que la jurisprudence n'aime pas à prononcer la faillite des sociétés entre époux. Et si l'on étudie soigneusement les arrêts, l'on remarque que les tribunaux ne prononcent jamais la faillite lorsque la société n'était composée uniquement que des deux époux, mais que, par contre, elle la prononce lorsque la société comprend les époux et un ou plusieurs tiers². Remarquons que la question est la même en ce qui concerne la liquidation judiciaire.

Il est intéressant de se demander à quelles préoccupations obéit la jurisprudence en décidant ainsi. Deux interprétations sont possibles. Pour certains³, si la jurisprudence ne veut point prononcer la nullité entre époux, c'est parce qu'elle ne veut pas reconnaître la personnalité de la société de fait, c'est

¹ En ce sens, Pic, *Sociétés commerciales*, t. I, n° 413.

² Cass., 23 janvier 1912, précité, voir la note de M. Bouvier-Bangillon sous cet arrêt au *Dalloz*, 1912, I, 481.

³ M. Bouvier-Bangillon dans sa note au *Dalloz*, précitée, paraît être de cet avis.

qu'elle veut considérer celle-ci comme une simple communauté de fait.

Sans pouvoir dire que cette version soit erronée, étant donné la difficulté que l'on éprouve à discerner les intentions des décisions judiciaires, nous ne la croyons pas exacte. D'abord, nous ne trouvons dans les arrêts aucune phrase qui y fasse une allusion quelconque, et, d'autre part, comment expliquer alors que la Cour de cassation admette la possibilité de la faillite quand la société comprend un tiers. En effet, si c'est le caractère de simple communauté de fait qui empêche de déclarer la faillite, cette raison vaut aussi bien lorsqu'il y a adjonction de tiers que lorsque cette modalité n'existe pas.

Pour bien comprendre à quels motifs obéit la jurisprudence, il faut remarquer que, lorsque la société ne comprend uniquement que les époux, les tribunaux se contentent de déclarer le mari seul en faillite¹. L'on voit donc que ce qui préoccupe la jurisprudence c'est de faire échapper la femme à la faillite². Et si elle ne prononce point volontiers la faillite de la société, c'est pour que cette faillite n'entraîne pas celle de la femme, car la faillite d'une société en nom collectif entraîne celle des associés en nom.

Mais pour protéger ainsi la femme, la jurisprudence ne s'aventure pas sans texte ; elle en invoque un que nous avons déjà vu lui servir : l'article 5, alinéa 2 du Code de commerce : « Elle (la femme) n'est pas marchande publique lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises de son mari ; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé ».

¹ Tr. com. Seine, 30 mars 1855, *J. Tr. com.*, 1855, p. 125 ; Tr. com. Seine, 8 novembre 1862, *J. Tr. com.*, 1863, p. 389 ; Paris, 24 mars 1870, précité. Cass. civ., 27 janvier 1875 ; S., 1875, I, 112 ; Dijon, 22 décembre 1875 ; S., 1876, II, 79 ; Cass. civ., 19 janvier 1881, D., 1882, I, 63 ; S., 1882, I, 158. Cass. civ., 10 mai 1882, D., 83, I, 112 ; S., 1882, I, 352.

² En ce sens, v. Hémard, p. 117.

La jurisprudence déduit de ce texte que la femme qui est associée avec son mari n'est pas marchande publique, c'est-à-dire commerçante, et qu'en conséquence elle ne peut être déclarée en faillite¹.

Ce qui montre bien quel est le souci des tribunaux de faire échapper la femme à la faillite, c'est que, lorsqu'ils prononcent la nullité de la société formée entre les époux et un tiers, ils déclarent en faillite le mari et le tiers, mais non point la femme², ce qui est tout à fait illogique.

Ce n'est que lorsque le commerce est au nom de la femme, ou lorsque celle-ci le dirige, que les tribunaux déclarent la la femme en faillite³.

Que penser de ces diverses solutions jurisprudentielles ? Nous avons dit que, selon nous, la société entre époux nulle devrait être considérée logiquement comme une simple communauté de fait. Par conséquent, la faillite d'une société entre époux, qu'elle comprenne ou non des tiers, ne devrait jamais être prononcée⁴.

Quant à l'interprétation que la jurisprudence fait de l'article 5, alinéa 2, du Code de commerce, elle nous semble totalement erronée. Nous avons vu dans notre première partie

¹ Voici un attendu significatif de l'arrêt du 24 mars 1870, précité : « Considérant que la société entre Drier et sa femme, déclarée nulle, n'a en effet aucune validité, considérant qu'aux termes de l'article 5 Code de commerce la femme n'est pas réputée commerçante lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises de son mari, que l'acte du 25 juillet 1862 entre les époux n'attribuait pas à la femme Drier d'autre pouvoir, qu'il ne lui conférerait même pas la qualité de commerçante ..., etc. ».

² Cass., 23 janvier 1912, précité.

³ Paris, 12 août 1873, *J. Tr. com.*, 1874, p. 163, Cass. req., 17 janvier 1881; S., 1881, I, 405; Cass. req., 21 octobre 1901; S., 1901, I, 520.

⁴ En ce sens, voir M. Bouvier-Bangillon, note au *Dalloz*, 1912, précitée.

comment la jurisprudence faisait, du fait que la femme exerce le même commerce que le mari, une présomption irréfragable, d'après laquelle elle ne peut en ce cas être commerçante. On comprend alors qu'elle en conclue à l'impossibilité de la déclarer en faillite quand elle est l'associée de son mari.

Mais, nous l'avons exposé, l'article 5¹ ne doit pas être compris ainsi. Il crée bien une présomption que la femme n'est pas commerçante, mais cette présomption, créée pour éviter une confusion, tombe lorsqu'il existe un acte de société. Donc, lorsqu'il y a un acte de société, la femme est commerçante et elle peut et doit être déclarée en faillite.

Pour nous résumer, nous dirons que, si l'on admet la nullité des sociétés entre époux et en tout état de cause dans les cas où on l'admet, il faut, pour être logique, affirmer :

- 1° Que la société ne vaut que comme communauté de fait ;
- 2° Que cette communauté de fait ne peut, en aucun cas, être déclarée en faillite ou en liquidation judiciaire ;
- 3° Que le mari et la femme qui faisaient partie de la société nulle peuvent et doivent l'un et l'autre être individuellement déclarés en faillite.

Nous devons ajouter que, comme nous l'avons déjà exposé, la société entre époux est, à nos yeux, en principe valable. Toutes les fois qu'elle est valable, elle constitue une société véritable et ne saurait, en aucune manière, échapper à la faillite. Et comme on se trouve en présence d'un acte de société, la femme est commerçante et la faillite de la société entraîne et celle du mari et celle de la femme, l'article 5 ne jouant pas dans cette hypothèse, puisqu'il y a un acte de société.

¹ Voir dans la note précitée de M. Bouvier-Bangillon une analyse très complète de l'article 5 Code de commerce.

CHAPITRE IV

LIQUIDATION DE LA SOCIÉTÉ DE FAIT

Nous pénétrons ainsi peu à peu la notion de société de fait en étudiant ses conséquences. Mais rien ne permet mieux d'en voir la nature exacte que d'en étudier le mode de liquidation.

En effet, une fois que la masse de l'actif social se trouve déterminée, une fois que les créances contre les tiers ont été recouvrées et que la société a payé ses dettes, il s'agit de répartir l'actif.

Cet actif va nécessairement se répartir entre les diverses personnes composant la société de fait, mais quelles règles appliquera-t-on pour procéder à cette répartition ? Cela dépendra de la nature que l'on attribue à la société de fait.

Nous avons vu dans notre précédent chapitre la jurisprudence admettre que les immeubles dépendant de la société de fait demeurent grevés des hypothèques légales du chef des coassociés. Il est certain que cela revient à considérer la société de fait comme une indivision. Mais faut-il penser avec M. Hémard¹ que la conséquence logique de cette solution est que le partage de l'actif social devrait se faire par têtes ? Nous avouons ne pas comprendre exactement la pensée de M. Hémard. Il est bien certain que, lorsque les apports des

¹ P. 119.

trois associés sont égaux, l'actif se trouvera partagé par têtes. Mais lorsque ces apports sont inégaux, il ne viendra à aucun tribunal l'idée d'ordonner le partage par têtes. Et d'ailleurs nous ne voyons pas comment le partage par têtes est une conséquence de l'indivision. Lorsqu'il y a une indivision entre héritiers, le partage ne se fait par têtes que si leurs droits héréditaires sont égaux, autrement il se fait proportionnellement aux droits héréditaires de chacun.

Non, le partage par têtes ne peut être qu'une conséquence occasionnelle des autres règles de partage lorsque les droits des associés sont égaux, mais il ne peut jamais servir et n'a en fait jamais servi lui-même de règle pour partager l'actif de la société de fait.

La grande majorité des décisions judiciaires se prononcent en faveur du partage proportionnel aux apports, ce qui est la règle d'équité générale posée par l'article 1853 du Code civil¹. Certes beaucoup d'arrêts omettent de se prononcer avec cette précision, et la plupart se contentent d'invoquer les principes d'équité en des termes généraux. Cependant quelques décisions, sortant de ces généralités équivoques, si chères aux tribunaux, s'expriment en des attendus qui méritent d'être cités.

Voici comment s'exprime la Cour de Bourges dans un arrêt du 16 janvier 1900² : « La Cour dit que la nullité de la société n'empêche pas qu'il y ait eu entre les prétendus associés des rapports de fait dont il doit être fait état pour liquider et partager l'actif acquis par chacun des associés durant cette

¹ Cass. civ., 17 mars 1888, D., 1888, I, 349; S., 1888, I, 305; Tr. com. Marseille, 23 novembre 1892. *Jurisprudence de Marseille*, 1893, I, 41; Grenoble, 21 mai 1902, D., 1903, Table, v° *Sociétés*, n° 7, p. 689, Cass. req., 11 avril 1906, D., 1908, I, 284; S., 1911, I, 508, Cass. req., 19 mai 1908, D., 1908, I, 359; S., 1911, I, 508.

² Sous Cass., 5 mai 1902, D., 1903, I, 207; S., 1905, I, 41.

période ; que, par suite, toutes les acquisitions faites par Chauffournier, sa femme et sa belle-mère, devront être réparties entre ces trois personnes ou leurs ayants droit dans la proportion de leurs apports, tant mobiliers qu'immobiliers. »

Nous voyons également la Chambre des Requêtes, dans son arrêt du 19 mai 1908 précité, déclarer en substance que : « en l'absence de conventions écrites, le règlement des intérêts de deux époux qui se sont associés pour l'exploitation d'une ferme, et spécialement l'attribution de l'indemnité d'assurance représentative des objets détruits par l'incendie, doit se faire par moitié, conformément à l'article 1853 du Code civil ».

Ce mode de liquidation est le seul possible lorsque les statuts ne prévoient pas un mode spécial de liquidation, mais nous croyons que nombre des décisions que nous citons l'appliquent à la société nulle, alors même que l'acte de société prévoyait des règles de liquidation¹. Toutes ces décisions doivent être complètement approuvées. Comme nous l'avons dit, si l'on admet la nullité des sociétés entre époux, il faut logiquement en conclure que cette société nulle ne peut valoir dans le passé que comme une simple communauté de fait. Dans ces conditions, on ne peut en aucune manière faire état des statuts de la société². Comme on ne peut d'autre part recourir au partage par têtes, la seule ressource est d'appliquer le grand principe d'équité formulé par l'article 1853 du Code civil qui consiste à liquider la société proportionnellement aux apports de chacun des associés.

¹ Il y a là une difficulté d'interprétation provenant de ce que les Tribunaux, en ordonnant de liquider la société proportionnellement aux apports, ne précisent pas si le pacte social prévoyait un autre mode. Cependant, comme ordinairement dans la pratique les contrats de société comportent des clauses spéciales sur ce point, nous croyons pouvoir dire que dans bien des cas les Tribunaux ont, malgré l'existence de clauses statutaires, appliqué la règle de proportionnalité aux apports.

² En ce sens, Pic, p. 556 ; Hémard, p. 120 et 123.

Si la grande majorité des décisions judiciaires se trouvent ainsi sur ce point d'accord avec la doctrine, il en est pourtant quelques-unes qui professent des opinions différentes et qu'il convient d'étudier.

Quelques rares décisions décident en effet que la liquidation aura lieu conformément aux statuts¹. Certes nous repoussons, nous venons de le dire, cette solution, car pour nous il n'y a qu'une communauté de fait. Mais si l'on pensait, au contraire, comme on est en droit de le déduire de certains arrêts, que la société entre époux nulle est une véritable société de fait, il faudrait admettre comme conséquence la liquidation conformément aux statuts.

Si, en effet, nous nous reportons aux sociétés nulles, dont l'objet est licite, nous voyons qu'une des conséquences de la notion de société de fait est la liquidation conformément aux statuts. Et c'est certainement là la conséquence la plus importante de cette notion de société de fait créée par la jurisprudence, et que la doctrine cherche chaque jour à étendre.

La jurisprudence récente relative aux sociétés nulles dont l'objet est licite est en effet unanime à décider que, si le pacte social renferme des dispositions relatives à la liquidation de la société, il convient de les appliquer².

Et ce qui est venu renforcer cette thèse de la jurisprudence, c'est la consécration législative qu'est venue lui apporter la loi sur les associations du 1^{er} juillet 1901. L'article 9 de cette loi est ainsi conçu : « En cas de dissolution volontaire statutaire ou prononcée par justice, les biens de l'association seront dévolus conformément aux statuts, ou à défaut de statuts suivant les règles déterminées en assemblée générale ». La disso-

¹ Paris, 2 août 1899, *J. Tr. com.*, 1900, p. 401.

² Voir, sur cette question intéressante, Hémard, p. 579, et les arrêts très nombreux qu'il cite.

lution prononcée par justice comprend tous les cas de nullité. Il faut cependant dire que l'on s'est demandé si cette règle s'appliquait aux associations illicites et qu'en général cette question est résolue par la négative¹. Evidemment, il n'y a pas de raison logique pour ne pas appliquer aux sociétés cette règle instituée par le législateur pour les associations. A l'encontre de ces décisions, qui donnent le plus de force possible à la société nulle entre époux, nous en voyons quelques-unes qui semblent au contraire ne pas vouloir la reconnaître, et qui refusent à un époux de réclamer à son conjoint une part quelconque dans les bénéfices réalisés². Nous ne croyons pas qu'il faille s'arrêter à ces décisions anciennes intervenues à un moment où la jurisprudence n'appliquait pas encore la notion de société de fait entre époux. D'ailleurs, ces arrêts visent des cas où les règles de droit sur lesquelles on fonde la nullité des sociétés entre époux étaient particulièrement violées.

Nous croyons donc que, pour se faire une opinion exacte de l'état de la jurisprudence sur cette question, il ne faut pas tenir compte de ces décisions exceptionnelles, et que l'on peut croire que, d'une façon générale, les tribunaux ordonnent la liquidation proportionnellement aux apports.

¹ Voir Sirey, *Lois annotées*, 1902, p. 260 et 261.

² Paris, 9 mars 1859, D., 1860, II, 12 ; Cass., 4 février 1860, D., 1860, I, 115 ; Cass., 8 novembre 1880 ; S., 1881, I, 125.

CONCLUSION

CONCLUSION

Arrivé au seuil de cette étude sur la nullité des sociétés entre époux, notre premier soin sera de jeter un regard sur cet édifice construit tout entier par la jurisprudence.

Pas un texte de loi ne prévoyait la nullité des sociétés entre époux : à l'aide de raisonnements étayés sur divers textes, la jurisprudence a créé cette nullité. L'ayant créée, elle lui a donné sa forme ; elle l'a comme vêtue des armes les plus rigides et les plus sévères. Toujours par le seul raisonnement, elle a donné à cette nullité des caractères bien déterminés. Faut-il les rappeler ? Caractère absolu et d'ordre public de cette nullité, impossibilité de la ratifier, imprescriptibilité, possibilité pour tous les intéressés, quels qu'ils soient, de la demander. C'est à peine si, dans cette base de forme austère, nous avons pu remarquer quelque entaille causée par la nécessité de répondre à des besoins de la pratique.

Mais ce n'était là que les assises de l'édifice dont nous devons peu à peu examiner successivement toutes les parties. Qu'allait donc construire la jurisprudence sur ces fondations sans fenêtres et presque sans fissures ?

Et parvenus aux étages supérieurs, nous avons constaté que les architectes avaient été forcés d'ouvrir, et même largement, leur édifice. Partout la demeure s'entr'ouvrait pour laisser leur place aux nécessités pratiques. Pareille à ces châteaux féodaux

que la Renaissance transforma en résidences d'été, la nullité rigide, absolue, devenait aussi accommodante, aussi bienveillante que possible.

Il ne faudrait point trop s'étonner d'une pareille antithèse. S'il en est ainsi, la faute en est avant tout au législateur. La seule sanction qu'il ait prononcée ou presque contre les vices nombreux qui peuvent infecter le contrat de société, le seul moyen auquel il ait eu recours pour les combattre est la nullité¹.

Et après avoir ainsi voué à la nullité un très grand nombre de sociétés, il ne s'est en aucune façon préoccupé de régler leur sort. Et il s'est trouvé justement que la théorie générale des nullités, telle qu'elle a été élaborée par la jurisprudence et la doctrine, convenait particulièrement mal, comme nous l'avons montré, au contrat de société.

C'est donc là encore un terrain où la jurisprudence marchait presque sans texte, soucieuse uniquement d'accommoder à la variété infinie des cas pratiques l'uniformité des principes théoriques.

Et, si après avoir regardé l'œuvre de la jurisprudence, après en avoir analysé la structure, nous voulons tenter de la juger, nous ne nous croirons point obligé d'accumuler les critiques. Nous n'approuvons pas le point de départ, et nous tenons à terminer notre étude en le redisant dans un instant. Mais les tribunaux ont à juger des espèces : violer la rigoureuse logique n'est pas pour eux la pire des fautes ; ce qu'on leur demande avant tout, c'est de sauvegarder l'équité et de donner des solutions simples. En frappant de mort toutes les sociétés entre époux, la jurisprudence était simple — elle

¹ Le législateur étranger a parfois agi autrement, et, semble-t-il, avec plus d'esprit pratique. Voir surtout l'étude de la législation allemande dans Hémaré, n^{os} 374 et suiv.

l'était même à l'excès. Mais on ne peut que la louer d'avoir, par sa théorie de la société de fait, tenté de sauver l'équité. Qu'il s'agisse là d'une société de fait ou d'une simple communauté de fait, ce qui est la seule solution logique, peu nous importe pour l'instant. Ce que nous tenons à faire ressortir, c'est la suppression des effets de la rétroactivité de la nullité. Sans renier ouvertement ce grand principe de notre droit, les tribunaux arrivent à ne donner à la nullité d'effet que pour l'avenir et à laisser subsister le passé. Et cette solution sauvegarde, nous l'avons vu, les droits des tiers aussi bien ceux des époux.

Il se passe même ceci de curieux, c'est que, grâce à cette bénignité de la jurisprudence, bien des sociétés entre époux peuvent exister, vivre, prospérer, sans que personne demande leur nullité. Ce n'est que lorsque les affaires iront mal, lorsque les dépenses l'emporteront sur les recettes, les pertes sur les bénéfices, que les demandeurs en nullité surgiront : femme désireuse de reprendre son apport, créanciers sociaux soucieux d'obtenir une liquidation plus rapide. Comme l'a très justement écrit M. Hémaré : « on en vient presque à dire aux époux qui contractent une société : réussissez et votre société vivra, le succès justifiera votre société ».

Mais alors, nous dira-t-on, le système de la jurisprudence a tous les avantages pratiques : il est simple ; il permet à toutes les sociétés entre époux prospères de vivre, et ce sont les seules, semble-t-il, dont l'existence soit intéressante. En voulant prouver on prouverait trop. Lorsque l'on fait une société, on veut la faire aussi bien pour la mauvaise fortune que pour la bonne. Qui serait assez insensé pour contracter une société menacée par une nullité qui s'abattra sur elle dès que sa prospérité déclinerait ?

Il faut tenir compte aussi de ce fait qu'actuellement bien peu de gens font un acte de société sans prendre conseil d'un pra-

nicien quelconque : notaire, avoué, agent d'affaires. Et quel est celui de ces hommes de métier qui, même devant les instances de ses clients, consentirait à rédiger un acte qu'il sait nul? On n'en trouverait certainement pas un sur cent.

Il ne faut donc pas croire que pratiquement la thèse de la jurisprudence se rapproche beaucoup de celle que nous avons soutenue, et d'après laquelle la société entre époux est en principe valable. Que la prohibition ne cause pas de dommage aux intéressés, qu'elle leur permette de régler comme il convient leurs affaires passées, cela est entendu; mais cela n'empêche pas que pour l'avenir la société sera dissoute, et surtout, qu'aux yeux de tous la société entre époux apparaîtra comme un terrain dangereux, et que bien vite elle deviendra un terrain désert.

Or, la société entre époux est utile. Nous l'avons dit dès le début de cette étude. Nous croyons que la forme d'association que constitue la société est appelée à faire chaque jour de nouveaux progrès après en avoir fait de continus pendant tout le cours du XIX^e siècle. Nous croyons que de plus en plus elle pourrait rendre, entre les membres d'une même famille, de réels services. Toutes les fois qu'on a substitué les formes de la société aux formes incertaines de l'indivision, les intéressés s'en sont bien trouvés, et souvent ces sociétés nécessitent que les époux soient associés.

Nous croyons, comme nous l'avons dit, que la société entre époux, lorsqu'elle comprend des tiers, ou lorsqu'elle rend la femme commanditaire de son mari, est tout particulièrement utile. Nous ajoutons que, dans ces deux cas, elle n'est jamais constituée en fraude d'aucun des fameux principes que l'on invoque contre celle.

Il faudrait au moins que la jurisprudence légitime dans ces deux cas la société entre époux.

Et même en dehors de ces deux hypothèses nous avons

trouvé dans les arrêts des espèces où les intentions des époux associés étaient pures de toute fraude, où aucune des règles du droit que nous avons passées en revue à notre première partie n'étaient violées.

A côté de cela, nous avons reconnu que ces règles pouvaient parfois être violées. Nous nous sommes suffisamment expliqué sur ce point, nous avons dit assez longuement dans quelles hypothèses nous reconnaissons la nullité des sociétés entre époux pour ne pas révenir sur ce sujet.

Rappelons simplement que nous avons admis le caractère absolu et d'ordre public de cette nullité, caractère dont nous tirions les conséquences logiques, notamment en refusant d'appliquer la notion de société de fait à la société nulle, la liquidation de la communauté de fait restant seulement possible.

Mais tout cela n'était que pour tout prévoir, l'exception aussi bien que la règle, car nous croyons fermement que celle-ci est simple et qu'elle est la validité des sociétés entre époux.

Vu :

Lyon, le 2 novembre 1920,

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,

L. JOSSERAND.

Vu :

Lyon, le 2 novembre 1920,

LE DOYEN,

L. JOSSERAND.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 4 novembre 1920,

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE,

P. JOUBIN

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE

- ALAUZET. — *Commentaire du Code de commerce et de la Législation commerciale*, Paris, 1856, t. I, n° 35.
- ARTHUYS. — *Traité des Sociétés commerciales*, Paris, 1906, t. II, n° 17.
- AVOLLÉE. — *Des Sociétés entre époux*, thèse, Paris, 1903.
- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, 5^e édition, Paris, 1913, t. VII, § 503 bis, note 14.
- BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. — *Traité de Droit commercial*, 2^e édition, Paris, 1890, t. I, p. 162 et suiv.
- BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE. — *Du Contrat de mariage*, t. I, n° 96.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Du Contrat de Société*, n°s 52 et suiv.
- BEUDANT. — *Cours de Droit civil français*, t. I, n° 313.
- BOUVIER-BANGILLON. — *Notes aux Pandectes françaises*, 1905, II, 158, et au Dalloz, 1912, I, 481.
- COSMAO-DUMANOIR. — *Note aux Pandectes françaises*, 1905, I, 155.
- DELSOL. — *Revue pratique de Droit français*, 1856, p. 433 et suiv.
- DURANTON. — *Cours de Droit français*, Paris, 1834, t. XVII, n° 347.
- DUVERGIER. — *Du Contrat de Société*, Paris, 1839, n° 102.
- GUILLOUARD. — *Traité du Contrat de Société*, 2^e édit., Paris, 1892, n° 35; *Traité du Contrat de mariage*, t. I, n°s 229 et suiv.
- HÉMARD. — *Note au Sirey*, 1905, I, 41; *Théorie et Pratique des nullités de Sociétés et des Sociétés de fait*, Paris, 1912.

- HOUPIN. — *Traité général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales*, 4^e édition, Paris, 1909, t. I, n^{os} 24 et suiv.; *J. Soc.*, 1894, p. 84 et suiv.; *J. Soc.*, 1909, p. 97 et suiv.
- HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IX, n^o 39.
- LABBÉ. — *Note au Sirey*, 90, 1, 49.
- LAGOINTA. — *Note au Sirey*, 88, 1, 305.
- LAURENT. — *Principes de Droit civil*, t. XXVI, n^o 140.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, 4^e édit., Paris, 1808-1809, t. II, n^{os} 78 et 326.
- MALEPEYRE. — *Note au Dalloz*, 1913, I, 141.
- PASCAUD. — Les Sociétés commerciales et civiles entre mari et femme (*Rev. Soc.*, 1890, p. 100 et suiv.).
- PIC. — Des Sociétés commerciales (dans le *Traité général théorique et pratique de Droit commercial*, d'Edmond THALLER), Paris, 1908, t. I, n^{os} 409 et suiv.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n^o 1937; *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1888, p. 275 et suiv.
- PONT. — *Commentaire-Traité des Sociétés civiles et commerciales*, 2^e édition, Paris, 1880, t. I, n^{os} 35 et suiv.
- THALLER. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 5^e édition, Paris, 1916, n^{os} 346 et suiv.
- TROPLONG. — *Du Contrat de mariage*, t. I, n^o 210.
- VAVASSEUR (A.). — *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, 6^e édition, revue par J. VAVASSEUR, Paris, 1910, t. I, n^o 48; *Note dans Rev. Soc.*, 1901, p. 232.
- WAHL. — *Note au Sirey*, 1916, I, 81.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
PREMIÈRE PARTIE. — <i>Les Sociétés entre époux sont-elles nulles?</i>	9
CHAPITRE PREMIER. — Système de la Jurisprudence.	11
CHAPITRE II. — Discussion du système jurisprudentiel.	17
CHAPITRE III. — De quelques opinions doctrinales	23
CHAPITRE IV. — Quelles Sociétés entre époux sont nulles?	33
CHAPITRE V. — Accommodements de la Jurisprudence.	47
DEUXIÈME PARTIE. — <i>Caractères et effets de la nullité des Sociétés entre époux.</i>	53
CHAPITRE PREMIER. — Caractères de la nullité.	55
CHAPITRE II. — Effets de la nullité des sociétés de fait.	61
CHAPITRE III. — Conséquence de la notion de sociétés de fait.	71
CHAPITRE IV. — Liquidation de la société de fait	79
CONCLUSION.	87

